UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

# LA DISTINCTION DE LA LOI ET DU RÈGLEMENT

## SOUS L'EMPIRE DES ACTES CONSTITUTIONNELS DE 1940-1942

(Essai d'une théorie générale en droit positif français)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*soutenue devant la Faculté de Droit de Rennes*
*le Mardi 25 Avril 1944, à 16 heures*

PAR

**Henri BONNEAU**

Diplômé d'Etudes supérieures de Droit public, de Droit privé
et d'Economie politique
Chef de Bureau à la Préfecture d'Ille-et-Vilaine

JURY :

*Président* : M. Charles ROUSSEAU, Professeur
*Suffragants* : M. Louis CAVARÉ, Professeur
M. Gérard THIBAULT-LAURENT, Chargé de cours

RENNES
IMPRIMERIES RÉUNIES, 22, rue de Nemours
—
1944

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542713_0057

# LA DISTINCTION DE LA LOI ET DU RÈGLEMENT SOUS L'EMPIRE DES ACTES CONSTITUTIONNELS DE 1940-1942

(Essai d'une théorie générale en droit positif français)

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

# LA DISTINCTION DE LA LOI ET DU RÈGLEMENT

## SOUS L'EMPIRE DES ACTES CONSTITUTIONNELS DE 1940-1942

(Essai d'une théorie générale en droit positif français)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*soutenue devant la Faculté de Droit de Rennes*
*le Mardi 25 Avril 1944, à 16 heures*

PAR

**Henri BONNEAU**

Diplômé d'Etudes supérieures de Droit public, de Droit privé
et d'Economie politique
Chef de Bureau à la Préfecture d'Ille-et-Vilaine

JURY :

*Président* : M. Charles ROUSSEAU, Professeur
*Suffragants* : M. Louis CAVARÉ, Professeur
M. Gérard THIBAULT-LAURENT, Chargé de cours

RENNES
IMPRIMERIES RÉUNIES, 22, rue de Nemours
—
1944

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

# BIBLIOGRAPHIE (1)


ALIBERT R. — *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir* (Paris, Payot, 1926).

APPLETON J. — Note au D. P. 1921, 1, 49 (sous Cass. Req., 10 janvier 1921, Dagot).

APPLETON J. — *Traité élémentaire du contentieux administratif* (Paris, Dalloz, 1927).

BARTHELEMY J. — *Précis du droit public* (Paris, Dalloz, 1937).

BARTHÉLÉMY J. et DUEZ P. — *Traité du droit constitutionnel*, 2e édition (Paris, Dalloz, 1933).

BERTHÉLÉMY H. — *La loi et le règlement*, dans Mélanges Maurice Hauriou, pp. 821-825 (Paris, Sirey, 1929).

BEUDANT Ch. — *Cours de droit civil français*, 2e édition publiée par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, tome I avec la collaboration de Mme Béquignon-Lagarde (Paris, 1934).

BONNARD R. — *Précis de droit administratif*, 4e édition (Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1943).

BONNARD R. — *Les actes constitutionnels de* 1940, Revue du droit public, tome LVIII, 1942.

BURDEAU G. — *Cours de droit constitutionnel*, 2e édition (Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1943).


(1) Nous regrettons de n'avoir pu prendre connaissance de la thèse de M. P. SOUQUES sur « *L'acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940* » (Toulouse, 1941), dont la publication n'a pas été autorisée.

CAHEN G. — *La loi et le règlement* (thèse, Paris, 1903).

CARRÉ DE MALBERG R. — *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 tomes (Paris, Sirey, 1920-1922).

CARRÉ DE MALBERG R. — *La loi, expression de la volonté générale* (*Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de* 1875) (Paris, Sirey, 1931).

CARRÉ DE MALBERG R. — *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation* (Paris, Sirey, 1933).

DELBEZ L. — *La revision constitutionnelle de* 1942, Revue du droit public, tome LIX, 1943, N° 2, pp. 93-115.

DELVOLVÉ J. — *Les « délégations de matières » en droit public* (thèse, Toulouse, 1930).

DEVAUX J. — *Le régime des décrets* (Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1927).

DUGUIT L. — *Traité de droit constitutionnel*, tome II (3e édition, 1928) et tome IV (2e édition, 1924) (Paris, de Boccard).

DUGUIT L., MONNIER H. et BONNARD R. — *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis* 1789, 6e édition (Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1943).

DUPEYROUX H. — *Sur la généralité de la loi*, dans Mélanges R. Carré de Malberg, pp. 135-161 (Paris, Sirey, 1933).

EISENMANN Ch. — Note au D. P. 1938, 3, 1 (sous Conseil d'Etat, 6 novembre 1936, Arrighi).

DE FONT-REAULX P. — Note au S. 1937, 3, 97 (sous Conseil d'Etat, 25 juin 1937, Union des véhicules industriels et autres).

DE FONT-REAULX P. — Note au S. 1938, 3, 123 (sous Conseil d'Etat, 25 novembre 1938, Chambres de commerce de la Pointe-à-Pitre et de Basse-Terre).

GIRAUD E. — *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif* (Paris, Sirey, 1938).

HAURIOU M. — Note au S. 1908, 3, 1 (sous Conseil d'Etat, 6 décembre 1907, Compagnies de Chemins de fer)

HAURIOU M. — Note au S. 1923, 3, 49 (sous Tribunal des Conflits, 16 juin 1923, Septfonds).

HAURIOU M. — *Précis élémentaire de droit administratif*, 5e édition mise à jour par A. Hauriou (Paris, Sirey, 1943).

LAFERRIÈRE J. — *Le nouveau droit public de la France* (*Recueil méthodique des textes constitutionnels et administratifs publiés du 10 juillet 1940 au 24 août 1941*) (Paris, Sirey, 1941).

LAFERRIÈRE J. — *Le nouveau Gouvernement de la France* (Paris, Sirey, 1942).

LERICHE A. — *Les décrets du Chef de l'Etat ayant force de lois* (thèse, Paris, 1941).

LESCOT P. — Note au S. 1939, 3, 33 (sous Conseil d'Etat, 27 décembre 1938, Amicale des anciens combattants des Chemins de fer de l'Etat).

LIET-VEAUX G. — *La continuité du droit interne* (*Essai d'une théorie juridique des révolutions*) (thèse, Rennes, 1942).

MESTRE A. — Note au S. 1935, 2, 1 (sous Tribunal correctionnel de Rouen, 14 septembre 1934, Compagnie des tramways de Rouen).

MESTRE A. — Note au S. 1937, 3, 33 (sous Conseil d'Etat, 6 novembre 1936, Arrighi).

MESTRE A. — Note au S. 1940, 1, 1 (sous Cass. Crim., 22 février 1939, Aubert et Grüneberg).

MESTRE A. — Note au S. 1942, 3, 25 (sous Conseil d'Etat, 5 décembre 1941, Sellier).

MIGNON M. — *La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public* (thèse, Lille, 1938).

MOREAU F. — *Le règlement administratif* (Paris, Albert Fontemoing, 1902).

PICHAT A. — *Les décrets en matière législative* (thèse, Paris, 1935).

POISOT M. — *L'extension progressive du pouvoir réglementaire du Président de la République sous l'empire des lois constitutionnelles de* 1875 (thèse, Paris, 1941).

RÉGLADE M. — *La coutume en droit public interne* (thèse, Bordeaux, 1919).

ROLLAND L. — *Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du* 10 *février* 1918 (Revue du droit public, tome XXXV, 1918, pp. 542-580).

ROLLAND L. — Note au D. P. 1937, 3, 33 (sous Conseil d'Etat, 25 juin 1937, Union des véhicules industriels et autres).

ROLLAND L. — Note au D. P. 1939, 3, 57 (sous Conseil d'Etat, 27 décembre 1938, Amicale des anciens combattants des Chemins de fer de l'Etat).

ROLLAND L. — *Précis de droit administratif* (Paris, Dalloz, 1943).

ROUSSEAU Ch. — *De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international*, Revue Générale de Droit international public, 1932, pp. 133-192.

SCELLE G. — *La technique générale du droit public*, Répétitions écrites de principes du droit public, cours de doctorat (Paris, Les Cours de droit, 1940-1941).

WALINE M. — *Manuel élémentaire de droit administratif* (Paris, Sirey, 1936).

# INTRODUCTION [1]

1. — Les organes de l'Etat édictent des règles juridiques en vertu desquelles sont prises par la suite les décisions concrètes imposées aux gouvernés.

Ces règles préétablies, dont l'existence fut considérée dès l'antiquité comme une garantie nécessaire contre l'arbitraire administratif, ne peuvent être incluses dans des actes de nature uniforme, qui n'auraient pas la souplesse suffisante pour s'adapter aux différentes situations et qui, en outre, n'offriraient pas toute la clarté désirable.

Une classification des actes générateurs du droit positif répond ainsi à des nécessités d'ordre pratique qui paraissent devoir s'imposer sous tous les régimes.

2. — Toutefois, étant donné que ces différents actes doivent naturellement être hiérarchisés, il apparaît de prime abord qu'une telle classification implique nécessairement l'application du principe de la séparation des pouvoirs, selon lequel il est notamment attribué à des organes distincts le pouvoir d'édicter les deux catégories d'actes juridiques qui vont ordonner le reste de l'activité étatique, à savoir les lois et les règlements.

C'est l'opinion de Carré de Malberg, qui estime que la base effective de la distinction de la loi et du règlement se trouve dans la coexistence d'autorités distinctes : « ...la « différence de puissance de la loi et de l'ordonnance quant

(1) Nous entendons nous placer au cours de cette étude à un point de vue exclusivement juridique. Ce serait en conséquence forcer notre pensée que de vouloir y découvrir des appréciations quelconques *d'ordre politique* à l'égard du régime actuel.

« à leurs effets respectifs ne peut pleinement se comprendre, « dans l'ordre des réalités pratiques, qu'autant qu'elle se « rattache à une différence de puissance des volontés créa- « trices dont émanent respectivement ces deux sortes d'actes. « La distinction de la loi et du règlement présuppose donc « l'existence de deux autorités hiérarchiquement inégales, « dont l'une aura le pouvoir supérieur de légiférer, dont « l'autre n'a que le pouvoir de réglementer. » (2).

Il en était ainsi sous l'empire de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. L'article 1er de cette loi conférait au Parlement, organe suprême, l'exercice du pouvoir législatif, tandis que le Président de la République était chargé d'assurer « l'exécution » des lois par l'article 3, que l'on considérait généralement comme la source principale, sinon exclusive, du pouvoir réglementaire du chef de l'Exécutif.

3. — Par contre, il en va différemment depuis 1940.

En effet, l'acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940 stipule dans son article 1er, § 2, que le nouveau chef de l'Etat, qui a hérité du pouvoir réglementaire du Président de la République, exerce en outre le pouvoir législatif.

Il importe donc à l'heure actuelle de déterminer si la distinction de la loi et du règlement a pu survivre à cette confusion organique des pouvoirs législatif et réglementaire.

A vrai dire, la question de savoir si cette distinction est possible sous les régimes qui ne consacrent pas la séparation des pouvoirs a déjà été soulevée en doctrine. Selon Laband (3), la distinction de la loi et du règlement serait indépendante de toute considération formelle relative à leur origine. De son côté, Mme Balachowsky-Petit (4) s'est efforcée de montrer, à l'aide d'exemples empruntés tant à des constitutions étrangères qu'à notre ancien régime, qu'il

---

(2) R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome I, 1920, p. 345.

(3) Rapporté par R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, p. 343.

(4) S. Balachowsky-Petit, *La loi et l'ordonnance dans les Etats qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs législatif et exécutif*, thèse, Paris, 1901.

existe entre la loi et l'ordonnance une différence intrinsèque qui permet de maintenir leur distinction sous les régimes de concentration de tous les pouvoirs dans les mains d'un monarque. Le Doyen Berthélémy (5) se rallie à cette opinion et déclare que cela tient principalement à cette idée — pourtant mise également en relief par Carré de Malberg (6) — que la loi est « l'expression de la volonté nationale ».

Cette controverse rejaillit depuis 1940. Certes, un jugement des institutions constitutionnelles de la France peut paraître prématuré, notamment en raison de leur caractère embryonnaire et provisoire. Toutefois, ainsi que le Professeur G. Burdeau (7) l'a déjà dit, l'attente d'une constitution ne saurait suspendre toute vie intellectuelle.

D'ailleurs, cette constitution provisoire dure néanmoins depuis près de quatre ans et, quel que soit le futur régime de la France, il faudra bien, lors de l'élaboration d'une nouvelle constitution, — à moins que celle-ci n'en laisse le soin aux juristes —, déterminer dans quelle mesure les différents actes du gouvernement actuel survivront au nouveau régime instauré. Cette tâche sera d'autant plus ardue que des réglementations de toutes sortes ont vu le jour depuis 1940.

*
* *

4. — Au seuil de cette étude, il peut paraître nécessaire de poser la question préalable de la légitimité des actes constitutionnels, étant donné que les principaux d'entre eux constituent la source des compétences législative et réglementaire.

On s'est demandé en effet si l'Assemblée nationale pouvait transférer son pouvoir constituant au Maréchal Pétain sans méconnaître le principe qu'un pouvoir ne se délègue pas (8).

---

(5) H. Berthélémy, *La loi et le règlement*, dans Mélanges Maurice Hauriou, 1929, p. 821.

(6) R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, 1931.

(7) G. Burdeau, *Cours de droit constitutionnel*, 2e édition, 1943, p. 3.

(8) J. Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France*, 1942, p. 35.

Le Professeur G. Burdeau (9) observe à ce sujet que l'organe constituant est, par définition, maître de la constitution et peut en conséquence en modifier souverainement la procédure de revision (10). Par contre, il est d'autres auteurs, en particulier le Professeur G. Scelle (11), qui opinent en sens contraire.

Toutefois, il est inutile d'entrer ici dans les discussions qui se sont élevées sur ce point (12), car il faut bien reconnaître que les actes législatifs et réglementaires qui puisent leur fondement dans les actes constitutionnels de 1940-1942, ne sauraient, en tout état de cause, disparaître purement et simplement lors de la mise en vigueur de la future constitution.

5. — Dans son ouvrage sur la continuité du droit interne, M. G. Liet-Veaux, après avoir fait la critique de la thèse de la discontinuité du droit lors des révolutions (13), pose comme principe général la survivance à celles-ci de l'ensemble des dispositions du droit positif (14). Sans doute, des lois ont pu devenir inopportunes, mais les nouveaux organes de l'Etat peuvent les abroger ou simplement s'abstenir d'en poursuivre l'application.

Selon l'expression du Professeur G. Scelle (15), « dans « un milieu social, il ne peut y avoir de vacance ou de para- « lysie prolongée de l'ordre juridique ».

M. G. Liet-Veaux ajoute que ce principe de bon sens s'adapte fort bien à la jurisprudence française, qui juge que les dispositions du droit positif restent en vigueur dès

---

(9) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 137.

(10) Dans le même sens, M. J. Barthélémy au cours d'une interview accordée à la presse (*Le Petit Parisien*, n° du 21 mars 1943).

(11) G. Scelle, *La technique générale du droit public*, cours de doctorat, 1940-1941, p. 125.

(12) Voir notamment sur cette question : R. Bonnard, *Les actes constitutionnels de 1940*, Revue du droit public, tome LVIII, 1942, n° 1, pp. 66 et ss.

(13) G. Liet-Veaux, *La continuité du droit interne (Essai d'une théorie juridique des révolutions)*, thèse, Rennes, 1942, pp. 203 et ss.

(14) *Ibid.*, pp. 380 et ss.

(15) Cité par G. Liet-Veaux, *op. cit.*, p. 381.

lors qu'elles n'ont pas été abrogées expressément ou tacitement (16). C'est ainsi qu'on applique encore des lois de l'ancien régime (17).

En somme, il faut, avec cet auteur, dénoncer l'erreur de l'opinion publique, qui croit généralement qu'un changement de régime ne laisse rien subsister de l'ordonnancement juridique du pays. « La théorie de la continuité du droit, « sans freiner les réformes nécessaires, évite les iniquités et « l'anarchie qui naîtraient infailliblement d'une revision en « bloc et immédiate de toutes les situations acquises. » (18).

*
* *

6. — Ce point étant admis, il importe de dégager nettement la distinction de la loi et du règlement au cours de la période intermédiaire actuelle. La question n'offre pas qu'un intérêt purement théorique. Il suffit pour s'en convaincre de donner un simple aperçu des intérêts pratiques de cette classification.

En premier lieu, il faut savoir comment un texte législatif ou réglementaire intervenu en conformité des lois constitutionnelles de 1875, peut valablement être modifié ou abrogé à l'heure actuelle, où règne la confusion organique des pouvoirs. Vu le principe qu'un texte ne peut être atteint que par un autre de puissance identique ou supérieure, il est nécessaire d'établir une équivalence de force entre les actes émis sous différents régimes.

En second lieu, si l'on établit que la distinction de la loi et du règlement a pu survivre à la disparition de la séparation des pouvoirs, il faut trouver un critérium précis de chacun de ces actes, dont la différence de portée remonte jusqu'aux origines de notre droit public moderne.

Enfin, lorsqu'une constitution définitive aura remanié une fois de plus l'organisation des compétences législative et

---

(16) G. Liet-Veaux, *op. cit.*, pp. 381 et 382.
(17) J. Barthélémy, *Précis de droit public*, 1937, p. 12.
(18) G. Liet-Veaux, *op. cit.*, n° 131.

réglementaire, la question se posera de savoir dans quelle forme les actes postérieurs à juillet 1940 pourront à leur tour être modifiés ou abrogés par les organes nouvellement institués.

Le simple énoncé de ces problèmes suffit à mettre en lumière la nécessité de dégager une notion précise des lois et des règlements intervenus sous l'empire des actes constitutionnels de 1940-1942.

7. — Notre but n'est pas de reprendre en entier les discussions doctrinales sur la nature de la loi et du règlement, mais de déterminer les caractères distinctifs de ces actes en droit positif. Certes, cette étude amène à recourir à la distinction qui existait sous le régime de 1875, mais il semble préférable de le faire à chaque stade de nos développements et seulement dans la mesure nécessaire.

Cette tâche serait évidemment moins ingrate s'il existait un soubassement jurisprudentiel pour étayer le raisonnement. Or, il est à peu près inexistant.

Toutefois, on ne peut éliminer *a priori* la jurisprudence antérieure, notamment celle qui a été suscitée, à certaines périodes troublées de notre histoire constitutionnelle, soit par l'usurpation du pouvoir législatif au profit de l'Exécutif, soit par la disparition de fait de l'organe législatif.

En outre, la doctrine ne doit pas être à la remorque de la jurisprudence. Il appartient même aux auteurs, notamment à nos maîtres du droit, de travailler au perfectionnement de celle-ci, soit en facilitant sa tâche complexe par l'étude spécialisée de questions nouvelles, soit même en combattant ses décisions mal fondées.

8. — Deux méthodes peuvent être envisagées pour effectuer le travail de comparaison qui nous incombe.

Tout d'abord, il est possible de faire une étude parallèle et simultanée de la loi et du règlement et de dégager ainsi, chemin faisant, le critérium et les intérêts de leur distinction.

Cependant, il paraît préférable de procéder séparément et successivement à la recherche de leurs caractéristiques respectives, afin de déterminer ensuite plus aisément celles de ces caractéristiques qui sont susceptibles de fournir un critérium certain. Ce n'est qu'une fois en possession d'une telle base que l'on peut rechercher utilement les intérêts de la discrimination opérée.

Cette méthode s'impose dans l'étude de chacune des deux périodes constitutionnelles qu'il importe de distinguer depuis juillet 1940. En effet, si l'acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940 attribue au chef de l'Etat l'exercice exclusif des pouvoirs législatif et réglementaire, les actes constitutionnels n°s 12 et 12 *bis* des 17 et 26 novembre 1942 ont permis au chef du gouvernement d'édicter les lois et les décrets sous sa seule signature.

Nous espérons qu'il nous sera ensuite possible de conclure par une théorie générale sur la distinction de la loi et du règlement en droit positif français, ou, tout au moins, nous pensons que nous aurons contribué pour une part, si modeste soit-elle, à la solution du problème.

# PREMIÈRE PARTIE

## La distinction de la loi et du règlement sous l'empire exclusif de l'acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940

9. — L'acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940, émis par le Maréchal Pétain en vertu de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940, dispose notamment dans son article 1er :

« § 2. — Il [le chef de l'Etat français] exerce le pouvoir législatif en conseil des ministres :

« 1° jusqu'à la formation de nouvelles assemblées ;

« 2° après cette formation, en cas de tension extérieure ou de crise intérieure grave, sur sa seule décision et dans la même forme.

« Dans les mêmes circonstances, il peut édicter toutes dispositions d'ordre budgétaire et fiscal.

« § 3. — Il promulgue les lois et assure leur exécution. »

Le paragraphe 2 de ce texte n'est pas équivoque : il transfère provisoirement au chef de l'Etat l'exercice du pouvoir législatif qui avait été confié au Parlement par l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Quant au para-

graphe 3, il reprend purement et simplement la formule de l'article 3, alinéa 1er, *in fine*, de la même loi, qui constituait la source constitutionnelle du pouvoir réglementaire du Président de la République.

Au premier abord, il est donc permis de penser que l'acte constitutionnel n° 2, quoiqu'il réalise la confusion organique des pouvoirs législatif et réglementaire, ne porte pas atteinte par ailleurs aux notions antérieures de loi et de règlement.

Toutefois, les dispositions susvisées ne doivent pas être isolées de l'ensemble de la constitution. Aussi convient-il de vérifier si cette impression première est fondée et de préciser, l'une après l'autre, les notions de loi et de règlement telles qu'elles se dégagent au cours de la période où les compétences législative et réglementaire ont été exclusivement régies par l'acte constitutionnel n° 2, c'est-à-dire de juillet 1940 à novembre 1942.

Ce n'est qu'ensuite que l'on pourra rechercher en pleine connaissance de cause un critérium de la distinction de ces actes et mesurer enfin les intérêts de la discrimination ainsi opérée.

CHAPITRE I

# NOTION DE LOI

10. — La constitution provisoire de 1940, à l'instar de celle de 1875, ne donne aucune définition de la loi. Par contre, depuis la fondation de notre droit public moderne, il y a un siècle et demi, des définitions aussi variées que nombreuses ont été proposées, tant par les civilistes que par les publicistes. Parmi ceux-ci, Carré de Malberg a précisé de façon éclatante la notion constitutionnelle de loi sous la 3e République (1).

Adoptant la méthode de cet éminent juriste, nous essaierons de caractériser les lois émises en vertu de l'acte constitutionnel n° 2, par les forces qui n'appartiennent qu'à elles et qui sont communes à toute loi (2). « Toute autre défini-« tion de la loi est à la fois arbitraire et dépourvue d'intérêt « juridique positif, du moins au point de vue constitu-« tionnel. » (3).

Selon la définition que nous proposons, la loi est tout acte du chef de l'Etat auquel il a voulu conférer un caractère statutaire dans l'ordre juridique étatique.

Cette définition a besoin d'être précisée, mais son exactitude sera démontrée s'il est établi que ses éléments sont nécessaires et suffisants.

---

(1) R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome I, 1920, pp. 285 à 461.
R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, 1931.
(2) *Ibid.*, chap. II, nos 11 et ss.
(3) R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome I, p. 371.

## Section I

## LES ÉLÉMENTS DE LA DÉFINITION PROPOSÉE SONT NÉCESSAIRES

11. — Pour que les éléments de la définition proposée soient nécessaires, il faut d'abord que toutes les lois et elles seules possèdent un caractère vraiment statutaire dans l'ordonnancement juridique. En outre, il faut que le chef de l'Etat ait compétence pleine et exclusive pour édicter les lois. Enfin, étant donné la concentration de pouvoirs qui existe à son profit, il est nécessaire qu'il ait manifesté de manière suffisante sa volonté de conférer à certains de ses actes la valeur législative.

### § 1er

### TOUTES LES LOIS ET ELLES SEULES ONT UN CARACTÈRE STATUTAIRE

SOMMAIRE. — N° 12 : Position de la question.

I. — *Toutes les lois ont effectivement un caractère statutaire.* — 13 : Le caractère statutaire des lois; son fondement. — 14 : Ses manifestations. — 15 : Conceptions du Doyen Hauriou; critique. — 16 : Généralité du caractère statutaire des lois.

II. — *Les lois seules ont un caractère statutaire.* — 17 : Les lois constitutionnelles; critique de la théorie autrichienne de la formation du droit par degrés. — 18 : Le contrôle de la constitutionnalité des lois du chef de l'Etat. — 19 : Les actes administratifs. — 20 : Les décisions juridictionnelles. — 21 : Les traités internationaux. — 22 : Les déclarations de droits.

12. — Carré de Malberg nous enseigne que « toute règle « élevée à la hauteur de loi par sa forme législa« tive acquiert par là même la nature intrinsèque de statut « national » (1). Il reste à déterminer si tous les actes émis par le chef de l'Etat en vertu de l'article 1er, § 2, de l'acte

(1) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, p. 339.

constitutionnel n° 2, possèdent cette nature, autrement dit s'ils méritent le qualificatif de « loi » au sens ainsi précisé.

D'autre part, pour que les lois soient ainsi bien caractérisées par leur puissance propre, il faut qu'elles soient seules à bénéficier d'une portée statutaire.

## I. — TOUTES LES LOIS ONT EFFECTIVEMENT UN CARACTÈRE STATUTAIRE

13. — Les lois ont la valeur de « statut national ». Cela signifie qu'elles réglementent l'activité, fixent le statut des autorités étatiques subordonnées au législateur, ou, tout au moins, que ces autorités ne peuvent, même dans l'exercice de leurs attributions légales, contrecarrer des textes législatifs, lesquels constituent également de cette manière et sans exception un statut au sens de disposition inviolable.

La loi édictée par le Parlement constituait une règle supérieure parce qu'elle émanait de la volonté la plus haute dans l'Etat, celle des représentants du peuple. On exprimait cette idée en définissant la loi « l'expression de la volonté générale » (2).

Il ne s'ensuit pas qu'à l'heure actuelle — où les représentants du peuple sont dépourvus de tout pouvoir de décision — aucun organe n'ait compétence pour élaborer le « statut national », que tout Etat organisé possède par définition. Ce statut aura naturellement pour auteur l'autorité qui occupe dans l'Etat une position prééminente vis-à-vis des autres et dont l'existence est d'ailleurs nécessaire au maintien de l'unité de l'Etat.

Or, précisément, les lois qui puisent leur fondement dans l'acte constitutionnel n° 2 sont l'œuvre de l'autorité actuellement la plus élevée, le chef de l'Etat.

---

(2) R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, 1931.

14. — Avant même d'examiner le contenu de la législation postérieure à juillet 1940, on constate que les lois de cette période reproduisent dans leur formule exécutoire l'expression « loi de l'Etat », qui a été empruntée à l'ancienne formule de promulgation fixée par le décret du 6 avril 1876. A eux seuls ces termes nous avertissent de la portée de l'acte.

Cette impression première se trouve rapidement confirmée. Il serait trop long et fastidieux de citer des exemples de lois qui régissent l'activité étatique, aussi bien celle des juges que celle des administrateurs.

Toutefois, on peut faire à ce sujet quelques constatations d'ordre général. Les droits individuels ont été limités. La plupart des activités économiques et des professions ont été réglementées. Des marchés privés ont été annulés (3). Des marchés publics ont été résiliés unilatéralement par l'Etat (4). De nombreux organismes ont été créés. La compétence des administrateurs a été adaptée à l'esprit autoritaire du régime. Celle des juges a elle-même été notablement élargie en vue de réprimer plus sévèrement des délits inhérents aux circonstances. Des jugements ont même été annulés (5).

Toutes ces dispositions, le chef de l'Etat les a prises au même titre que le Parlement autrefois.

15. — Il est vrai que le Doyen Hauriou (6) a réservé la notion de statut aux seules lois qui élaborent le droit des individus. Carré de Malberg combat ce point de vue en faisant remarquer à juste titre que « l'ordre juri-« dique de l'Etat ne consiste pas seulement dans le droit

---

(3) Loi du 22 décembre 1940 (J. O. du 21 janvier 1941, p. 302) annulant les marchés portant sur le riz et ses dérivés.

(4) Loi du 20 juillet 1940 (J. O. du 26 juillet 1940, p. 4599) relative à la résiliation et à la liquidation des marchés passés par l'Etat pour les besoins de la défense nationale.

(5) Loi du 18 mai 1942 (J. O. du 27 août 1942, p. 2921) annulant un jugement de condamnation.

(6) M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 6e édition, 1907, pp. 289 et ss.

« individuel concernant les sujets : les règles qui font naître « pour les administrateurs des obligations et des devoirs « légaux constituent, elles aussi, une partie importante de « cet ordre juridique » (7). Il est évident que cette affirmation vaut aussi bien pour les lois postérieures à juillet 1940.

Le Doyen Hauriou considère en outre qu'il existe une hiérarchie entre les lois. Il en voit la démonstration dans le fait que le juge est appelé à restreindre la portée d'une loi en opposition avec des principes posés par des lois antérieures considérées comme fondamentales (8). Mais, ainsi que l'observe Carré de Malberg (9), le juge ne fait que remplir son rôle normal d'interprète lorsqu'il mesure la portée respective des lois en présence.

16. — Il n'y a donc pas lieu de s'arrêter à ces deux objections, mais au contraire d'affirmer que le caractère statutaire se retrouve dans toutes les lois, même particulières ou temporaires.

Sans doute, certaines lois particulières, qui ont uniquement pour but de prendre des mesures dépassant les pouvoirs légaux de l'autorité administrative, ne concourent pas à proprement parler à l'établissement de « l'ordre régulateur de l'Etat », mais elles s'imposent néanmoins à toutes les autorités étatiques subordonnées au législateur.

Il serait encore moins fondé de refuser une portée identique aux lois temporaires. Un seul exemple est suffisamment éloquent pour le prouver : la loi annuelle de finances « constitue, au plus haut degré, une disposition statutaire « pour la durée de l'exercice... » (10).

En définitive, ce sont donc toutes les lois qui sont ainsi caractérisées et on peut conclure avec Carré de Malberg (11)

---

(7) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, n° 119.

(8) M. Hauriou, note au S. 1913, 3, 137 (sous Conseil d'Etat, 1er mars 1912, Tichit).

(9) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, p. 341, suite de la note de la page précédente.

(10) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, p. 357.

(11) *Ibid.*, tome I, n° 113.

que la loi joue dans l'État le rôle d'un « *statut* supérieur « sous l'empire duquel s'exerce le reste de l'activité éta- « tique ».

## II. — LES LOIS SEULES ONT UN CARACTÈRE STATUTAIRE

17. — Cette assertion peut paraître singulière à première vue. On a coutume en effet de placer au premier plan les lois constitutionnelles, qui renferment, selon la définition matérielle de MM. J. Barthélémy et P. Duez (12), l'ensemble des règles qui régissent l'organisation et les rapports des grands pouvoirs publics. Il semble donc qu'elles aient vis-à-vis des lois un caractère statutaire.

C'est effectivement la conception de la théorie autrichienne de la formation du droit par degrés, selon laquelle notamment la constitution est la norme génératrice de toutes les règles ultérieures de droit, y compris la loi (13).

Carré de Malberg a très bien montré pourquoi cette théorie était inapplicable en droit constitutionnel français (14). Il fait ressortir en particulier que l'organe législatif est doté de la même puissance que l'organe constituant, étant donné qu'il représente comme celui-ci la volonté générale. En conséquence, il peut statuer à titre initial dans un domaine illimité. « La volonté générale ou nationale, qui « est représentée par l'organe légiférant comme par l'organe « constituant et qui reçoit son expression dans les lois ordi- « naires comme dans les lois constitutionnelles, est une et « ne peut point, comme telle, se trouver dans un rapport « d'exécution avec elle-même. » (15).

Sans doute, la volonté générale doit respecter dans ses lois les règles limitatives auxquelles elle a pu se soumettre

---

(12) J. Barthélémy et P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, 2e édition, 1933, p. 184.

(13) R. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés...*, 1933, p. 3.

(14) *Ibid.*, nos 36 et ss.

(15) *Ibid.*, no 37.

dans la constitution, mais, ainsi que le souligne le savant auteur, ces limitations n'ont d'efficacité que dans la mesure où elles ne peuvent être écartées que selon des formes rigoureuses (16).

Or, d'une part, il n'y avait pas de séparation effective entre la puissance constituante et la puissance législative sous le régime de 1875. On a bien pu dire que, juridiquement, l'identité de l'organe constituant et de l'organe législatif n'existait pas (17), mais, en fait, la constitution se trouvait entre les mains du Parlement. Cette situation s'est aggravée depuis 1940. C'est le même organe qui élabore les actes constitutionnels et les lois ordinaires. La distinction entre ces deux catégories d'actes a pu subsister au point de vue juridique, mais la rigidité constitutionnelle est plutôt théorique.

D'autre part, le Parlement était lui-même juge de la constitutionnalité de ses lois, qui n'étaient soumises à aucun contrôle juridictionnel. A cet égard encore, il n'y avait pas de gradation réelle entre la constitution et les lois ordinaires.

18. — En est-il de même à l'heure actuelle ? Pour répondre à la question, il est inutile de reprendre les longues discussions doctrinales (18) qui ont eu lieu sur ce thème : il suffit d'envisager le nouvel aspect du problème sous l'empire de l'acte constitutionnel n° 2.

Le Professeur J. Laferrière (19), après s'être demandé si les prescriptions édictées par le chef de l'Etat dans l'exercice de son pouvoir législatif sont soustraites à tout contrôle

---

(16) *Ibid.*, n° 42.

(17) Ch. Eisenmann, note au D. P. 1938, 3, 1 (sous Conseil d'Etat, 6 novembre 1936, Arrighi).

(18) Voir entre autres : P. Duez, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France,* dans Mélanges Maurice Hauriou, 1929, pp. 213 à 249.

A. Mestre, note au S. 1937, 3, 33, sous Conseil d'Etat, 6 novembre 1936 (Arrighi).

Ch. Eisenmann, note précitée au D. P. 1938, 3, 1.

(19) J. Laferrière, *Le nouveau droit public de la France,* 1941, p. 8, note 2.

Id., *Le nouveau gouvernement de la France,* 1942, p. 172, note 1.

juridictionnel comme l'étaient les lois du Parlement, se borne à constater que, dans l'état nouveau de notre droit public, n'existent plus les raisons qui, jusque-là, ont toujours fait écarter ce contrôle.

L'une de ces raisons tenait selon lui à la persistance du concept révolutionnaire de la loi « expression de la volonté générale ». Or, remarque-t-il, la loi qui émane du chef de l'Etat ne répond plus à ce concept. Cette constatation, pour exacte qu'elle soit, ne constitue pas un argument suffisant pour soumettre les lois actuelles à un contrôle juridictionnel. En effet, la notion juridique de loi n'est pas liée à l'existence d'un régime politique d'un type déterminé. Il suffit de rappeler à ce sujet la nécessité de règles statutaires dans les Etats où la constitution ne donne aucun pouvoir de décision aux représentants de la nation (20). On ne conçoit donc pas que la loi ait une portée différente sous un régime qui n'est pas démocratique. Affirmer le contraire serait confondre l'aspect juridique et l'aspect politique de la notion de loi.

L'autre raison qui faisait échapper les lois à toute critique contentieuse, c'était la qualité de leur auteur, le Parlement, qui ne relevait en aucun cas du contrôle des tribunaux.

Or, constate M. J. Laferrière (21), « l'auteur de la loi « actuelle est le chef de l'Etat, c'est-à-dire un organe qui, « dans notre système d'autorités, relève du contrôle juridic- « tionnel et qui doit en relever aussi bien pour ceux de ses « actes qui sont l'exercice du pouvoir législatif... ». L'éminent professeur prend un point de comparaison dans les règlements d'administration publique, à l'encontre desquels le Conseil d'Etat a admis en 1907 la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, tout en continuant à leur attribuer la nature de loi en vertu de la théorie de la délégation législative.

---

(20) *Cf. supra*, n° 13.

(21) J. Laferrière, *Le nouveau droit public de la France*, 1941, p. 9, suite de la note 2 de la page précédente.

On ne peut que rendre hommage aux efforts de la doctrine pour renforcer le principe de la légalité par l'instauration d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, mais il ne semble pas que la réforme constitutionnelle de 1940 ait modifié la position de notre droit à cet égard.

D'une part, la théorie de la délégation législative est inapplicable aux règlements d'administration publique. Elle est inconstitutionnelle, unanimement abandonnée et juridiquement superfétatoire (22). On ne comprend donc pas pourquoi M. J. Laferrière se retranche derrière la prétendue nature législative des règlements d'administration publique pour assimiler les lois du chef de l'Etat à ces actes en ce qui concerne la recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

D'autre part, le chef de l'Etat se trouve, comme le Parlement autrefois, dans une position prééminente. Le fait que cette position ne soit plus occupée par les représentants élus de la nation tient au régime politique. Or, c'est le point de vue juridique qui importe ici et nous sommes persuadé que si les tribunaux sont saisis un jour de la question, ils la résoudront dans le même sens qu'auparavant.

D'ailleurs, M. J. Laferrière lui-même doit reconnaître que la solution qu'il préconise constituerait une grande innovation dans notre système de droit public et risquerait de se heurter à de fortes résistances. On peut même ajouter que ces résistances seraient d'autant plus vives que le chef de l'Etat, qui ne dissimule pas le caractère autoritaire du régime, est probablement encore moins enclin que le Parlement à laisser contrôler ses actes législatifs par les tribunaux.

C'est ce que M. J. Laferrière a reconnu depuis lors, tout en maintenant en théorie son point de vue. Se référant à sa conception primitive, il écrit : « Nous continuons à croire « que cette opinion est soutenable. Mais nous reconnaissons

---

(22) *Cf. infra*, n° 62.

« qu'elle n'a aucune chance d'être admise. Lorsque l'acte « constitutionnel n° 2 a conféré au chef de l'Etat le pouvoir « législatif, il a — à supposer qu'il ait envisagé la question « — considéré que le pouvoir législatif, entre les mains du « chef de l'Etat, conserverait les mêmes caractères et pro- « duirait les mêmes effets que lorsqu'il était exercé par les « Assemblées, notamment que ses manifestations ne pour- « raient donner lieu à discussion devant les tribunaux. » (23).

Le Professeur G. Burdeau (24) opine dans le même sens que M. J. Laferrière pour les mêmes raisons, mais il y voit également « une solution purement théorique ». L'établissement de ce contrôle, reconnaît-il, serait une innovation trop importante dans notre droit, aussi bien au point de vue juridique qu'au point de vue politique, pour qu'on puisse l'attendre d'un simple revirement jurisprudentiel.

En réalité, ces auteurs semblent perdre de vue que le chef de l'Etat a une double qualité. Il n'est pas uniquement une autorité administrative dont les actes sont contrôlés par les tribunaux. Il est en outre, à l'heure actuelle, l'organe législatif et les raisons qui faisaient rejeter jusqu'en 1940 le contrôle de la constitutionnalité des lois ont subsisté avec l'acte constitutionnel n° 2. Le nier serait s'attacher systématiquement à un concept démocratique de loi qu'il est permis de considérer comme politiquement désirable, mais qui n'a rien de juridiquement nécessaire.

Aussi ne faut-il pas escompter un changement d'orientation de la jurisprudence, tant civile qu'administrative, qui est jusqu'à présent constante (25) et qui pourrait à vrai dire — quoiqu'elle ne le fasse pas — s'appuyer sur des textes formels toujours en vigueur, à savoir : l'article 10 du titre II de la loi des 16-24 août 1790, qui défend en particulier aux tribunaux d'empêcher l'exécution des lois ; l'ar-

---

(23) J. Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France*, 1942, p. 172, note 1, *in fine*.

(24) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 50.

(25) Voir les notes précitées des Professeurs A. Mestre et Ch. Eisenmann, sous l'arrêt Arrighi du Conseil d'Etat, ainsi que les conclusions du Commissaire du Gouvernement Latournerie au D. P. 1938, 3, 1.

ticle 3, chap. V, titre III, de la Constitution du 3 septembre 1791, dont certaines dispositions ont pu survivre au titre de loi ordinaire en vertu du phénomène de la déconstitutionnalisation et qui interdit aux tribunaux de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou de suspendre l'exécution des lois ; l'article 127 du Code pénal qui édicte des peines à l'encontre des juges qui délibèrent sur le point de savoir si les lois seront exécutées.

Non seulement il n'existe aucun motif de compter, en l'état actuel du droit, sur un revirement de jurisprudence, mais, au surplus, la question est dénuée d'intérêt pratique. En effet, les actes constitutionnels de 1940 ne garantissent pas un statut juridique aux gouvernés. D'autre part, le contrôle de la constitutionnalité des lois demeurerait finalement inefficace puisque le Maréchal Pétain est maître de la constitution.

En définitive, on ne peut, à aucun égard, voir une gradation réelle entre les actes constitutionnels et les lois ordinaires. C'est dire que l'existence de textes constitutionnels n'enlève pas à la législation ordinaire son monopole des règles statutaires.

19. — Les autorités administratives émettent des règlements qui sont également dépourvus de portée statutaire. L'affirmer n'est pas préjuger de la solution qu'il convient d'apporter au problème différent de la légalité des règlements *præter legem* (26).

Les règlements ne sont pas compris dans la notion de statut au sens déjà précisé. Certes, il leur est loisible de réglementer l'activité des administrateurs, mais ils ne peuvent le faire que dans les cadres fixés par la loi ou, tout au moins, sans aller à l'encontre de celle-ci.

---

(26) *Cf. infra*, n° 88.

20. — Il en va *a fortiori* de même des actes des autorités juridictionnelles. Sans doute, celles-ci peuvent être amenées dans des cas d'espèce à statuer à titre initial ; l'article 4 du Code civil leur en fait même une obligation au cas de silence ou d'insuffisance de la loi. Toutefois, une jurisprudence, aussi bien assise soit-elle, peut se trouver tarie par la loi ou des règlements légaux, qu'elle doit évidemment respecter conformément au principe de la légalité.

En outre, l'article 5 du Code civil — qui reprend les dispositions de la loi des 16-24 août 1790, titre II, article 12 — interdit aux juges de « prononcer par voie de disposition « générale et réglementaire sur les causes qui leur sont sou- « mises ».

21. — Si les actes des autorités administratives et juridictionnelles ne présentent pas un caractère statutaire dans l'ordre juridique de l'Etat, la même conclusion est *a priori* moins certaine pour les traités internationaux. En effet, d'après la thèse de la primauté du droit international sur le droit interne, les règles internationales constituent les normes juridiques les plus élevées, à l'égard desquelles les lois n'auraient donc pas un caractère statutaire.

Toutefois, il est à craindre que cette conception rationnelle continue à se heurter à la résistance des Etats, qui se rallient généralement à la thèse dualiste de la réception du traité en droit interne. C'est la conception de Carré de Malberg (27), qui considère qu'un traité qui touche à une matière législative nécessite une intervention de l'organe législatif. De même, MM. J. Barthélémy et P. Duez (28) estiment que le traité doit, lorsqu'il passe en droit interne, être placé tout au plus à l'échelon des lois ordinaires.

Tout en adoptant ce dernier point de vue, des difficultés pouvaient surgir sous l'empire des lois de 1875. Pour les

(27) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, pp. 536 et ss.
(28) J. Barthélémy et P. Duez, op. cit., p. 766.

résoudre, M. M. Mignon (29) — qui reprend en cela une solution déjà entrevue par MM. J. Barthélémy et P. Duez (30) — nous propose, en présence du silence de la jurisprudence, un critérium qui permet d'apprécier la force juridique d'un traité en droit public français. Faisant appel au principe qui détermine la hiérarchie des actes étatiques d'après la puissance de leur auteur, il en déduit que les traités entrent en droit interne avec la force d'un règlement si le Président de la République peut les ratifier sans autorisation du Parlement, et avec celle d'une loi si cette autorisation est nécessaire.

En appliquant ce critérium à l'époque actuelle, on est amené à conclure que tous les traités internationaux passent dans notre législation avec la force de règlements, car, si le chef de l'Etat les ratifie désormais de sa seule autorité, c'est en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par l'acte constitutionnel n° 2, article 1er, § 7, c'est-à-dire sans qu'il intervienne en sa qualité d'organe législatif. En l'état actuel de la constitution, le chef de l'Etat ne conservera pas le pouvoir législatif, du moins dans sa plénitude, après la formation des nouvelles assemblées, mais il n'en continuera pas moins à ratifier les traités sans autorisation de celles-ci, en l'absence de stipulation identique à celle prévue pour la déclaration de guerre.

Toutefois, si l'on estime (31) que la promulgation des lois est un acte de nature législative tant que le chef de l'Etat cumule les fonctions législative et exécutive, on doit admettre que la promulgation des traités a pour effet de conférer la valeur législative nationale à leurs dispositions susceptibles d'application en droit interne.

Il n'en reste pas moins vrai — du moins d'après la théorie classique qui semble avoir prévalu en pratique jusqu'à

---

(29) M. Mignon, *La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public*, thèse, Lille, 1938, p. 141.
(30) J. Barthélémy et P. Duez, op. cit., p. 767.
(31) *Cf. infra*, n° 112.

maintenant — que les traités internationaux n'ont pas, de par leur propre force, un caractère statutaire dans l'ordonnancement juridique interne.

22. — Il serait prématuré de conclure que les lois ont le monopole des dispositions statutaires sans aborder la question de la valeur juridique des déclarations de droits qui ont été inscrites en tête de certaines de nos constitutions.

La doctrine est partagée à ce sujet. Ainsi, tandis que le Doyen Duguit (32) leur attribue une portée plus grande qu'aux lois constitutionnelles, Carré de Malberg (33) leur refuse toute force juridique et n'y voit que des traditions politiques.

La jurisprudence s'est ralliée à la théorie intermédiaire de la déconstitutionnalisation par l'effet des révolutions. C'est ainsi qu'elle a utilisé le principe révolutionnaire de l'égalité des citoyens devant les charges publiques pour fonder sa théorie du risque en matière de responsabilité de la puissance publique (34). Mais, lorsque le législateur s'est emparé d'une matière de ce domaine, la jurisprudence a retiré sa construction prétorienne et le principe qui lui avait servi de base s'est trouvé du même coup refoulé (35).

Les dispositions incluses dans les déclarations de droits qui n'étaient pas liées au régime politique ont donc été tout au plus ramenées au rang de lois ordinaires et, par voie de conséquence, leur existence n'infirme pas la conclusion déjà amorcée : les lois seules ont vraiment un caractère statutaire dans l'Etat.

---

(32) L. Duguit, *op. cit.*, tome III, 1930, p. 690.

(33) R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, 1931, chap. III, nos 4 et 14.

(34) P. Duez, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, 2e édition, Paris, Dalloz, 1938, pp. 58 et ss.

(35) *Ibid.*, pp. 274 et ss.

## § 2

## LE CHEF DE L'ÉTAT EST INVESTI DE L'EXERCICE DU POUVOIR LÉGISLATIF

SOMMAIRE. — N° 23 : Enoncé du problème.

I. — *Le chef de l'Etat exerce le pouvoir législatif dans sa plénitude.* — 24 : Le chef de l'Etat est devenu un organe législatif. — 25 : Réfutation de l'opinion contraire de M. A. Leriche. — 26 : Ratification des décrets-lois antérieurs; critique de la jurisprudence de la Cour de Cassation. — 27 : Position du législateur.

II. — *Le chef de l'Etat exerce le pouvoir législatif dans son exclusivité.* — 28 : Abrogation implicite de l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. — 29 : Ajournement *sine die* des Chambres.

23. — Après avoir montré que les lois sont essentiellement caractérisées par leur portée statutaire, il importe de se demander si le chef de l'Etat a bien été habilité à conférer à certains de ses actes une portée semblable, ou s'il n'a pas, au contraire, outrepassé la limite de ses pouvoirs. En d'autres termes a-t-il été investi du plein exercice du pouvoir législatif ?

D'autre part, il convient de déterminer si le chef de l'Etat a été seul à pouvoir décider par voie législative au cours de la période antérieure aux actes constitutionnels n°s 12 et 12 *bis*.

### I. — LE CHEF DE L'ETAT EXERCE LE POUVOIR LÉGISLATIF DANS SA PLÉNITUDE

24. — L'acte constitutionnel n° 2 dispose formellement que le chef de l'Etat « exerce le pouvoir législatif... ». L'expression utilisée n'est pas équivoque : le chef de l'Etat est devenu véritablement un organe législatif.

A la vérité, ce trait n'a pas été contesté en doctrine (1). Il a été mis en relief en particulier par le Doyen R. Bon-

(1) *Cf.* G. Burdeau, op. cit., p. 237.
M. Poisot, *L'extension progressive du pouvoir réglementaire du Président de la République sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875*, thèse, Paris, 1941, pp. 10 et 11, note 1.

nard (2), qui écrit : « Le chef de l'Etat possède maintenant « avec le pouvoir réglementaire le pouvoir législatif. Il peut « faire non seulement des règlements, mais aussi des lois. « Ainsi il est titulaire de la fonction législative dans sa « plénitude. Le pouvoir législatif attribué aux Chambres « par l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février « 1875 en application de la séparation des pouvoirs, a été « transféré au chef de l'Etat par l'acte constitutionnel n° 2, « qui a ainsi supprimé la séparation des pouvoirs entre le « législatif et l'exécutif. »

25. — Toutefois, M. A. Leriche (3) refuse de considérer comme de véritables lois les actes que le chef de l'Etat édicte dans l'exercice de son « pouvoir législatif ». Il estime que ce serait bouleverser les fondements de notre droit public. Son erreur provient de ce qu'il n'a pas su se dégager du concept démocratique de loi, que la nouvelle constitution a entendu écarter, du moins dans les circonstances actuelles. L'organe législatif n'est pas forcément un Parlement : sa détermination dépend du régime politique adopté.

Cet auteur est probablement influencé par le caractère transitoire des dispositions sur lesquelles on s'appuie pour voir dans le chef de l'Etat un organe législatif. Cependant, le retour du pouvoir législatif à des « assemblées » n'a rien de nécessaire, ni juridiquement, — l'acte constitutionnel n° 2 pouvant être remanié —, ni politiquement si l'on se reporte aux travaux préparatoires de la future constitution (4).

M. A. Leriche observe en outre (5) que le chef de l'Etat donne à tous ses actes le qualificatif de « décret ». Il n'y a

---

(2) R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, 4e édition, 1943, p. 302.

(3) A. Leriche, *Les décrets du chef de l'Etat ayant force de lois*, thèse, Paris, 1941, p. 144.

(4) *Cf.* R. Bonnard, *Les actes constitutionnels de 1940*, Revue du Droit public, tome LVIII, 1942, n° 4, p. 357.

(5) A. Leriche, *op. cit.*, p. 145.

pas lieu cependant de surestimer l'importance de cette appellation, car le gouvernement n'a fait ainsi que conserver une désignation traditionnelle de tous les actes du chef de l'Etat. Cela n'empêche pas qu'il puisse y avoir des « décrets législatifs » aussi bien que des décrets réglementaires.

D'ailleurs, le terme de « loi » est également employé par le chef de l'Etat, aussi bien dans le corps du texte que dans le sommaire du *Journal officiel* et dans le titre de l'acte. Au cours du seul mois d'août 1940, on ne relève pas moins de cinq lois qui se qualifient « loi » dans leur dispositif.

M. A. Leriche a sans doute établi une comparaison entre la période en cause et les périodes intermédiaires de 1848, de 1851-1852 et de 1870-1871 — qui ont d'abord retenu son attention — au cours desquelles le gouvernement s'est trouvé, en raison de la disparition momentanée de l'organe législatif, investi *en fait* de tous les pouvoirs. Lors du retour à un état normal des choses, il a bien fallu, afin de ne pas rompre l'unité de la vie nationale, admettre la régularité de tous les décrets intervenus dans ces conditions, bien que certains aient empiété sur le domaine du pouvoir législatif. En présence de telles nécessités d'ordre pratique, on a été amené à classer ces décrets en décrets législatifs et en décrets réglementaires selon qu'ils touchaient ou non à des matières législatives.

La situation est tout autre depuis 1940. Le chef de l'Etat a été *légalement* investi de l'exercice du pouvoir législatif. Il y a là une *situation de droit* et non plus un simple *état de fait*. Tandis que pendant les précédentes périodes intermédiaires la répartition des matières législatives et réglementaires a été censée demeurer ce qu'elle était lors de la disparition de l'organe législatif, au cours de la période envisagée cette répartition a pu continuer à varier, le chef de l'Etat ayant pu faire passer des matières législatives dans le domaine du pouvoir réglementaire, ou, à l'inverse, transférer au pouvoir législatif des matières précédemment abandonnées au pouvoir réglementaire.

Il est donc hors de conteste que le chef de l'Etat est devenu un organe législatif : il a le pouvoir de prendre des décisions qui sont « juridiquement des lois » (6).

26. — Il serait par conséquent naturel de s'attendre à ce « que le pouvoir législatif, entre les mains du « chef de l'Etat, conserve les mêmes caractères et produise « les mêmes effets que lorsqu'il était exercé par les Assem- « blées... » (7).

Ce point n'a pas été néanmoins sans donner lieu à des contestations. Indépendamment de la question du contrôle de la constitutionnalité des lois, qui a été soulevée en doctrine (8), la Cour de Cassation a jugé dans l'arrêt Gorodiche (9) que « l'acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940 « interdit toute ratification » des décrets-lois pris antérieurement par le gouvernement en vertu de lois parlementaires dites de « pleins pouvoirs ». La haute juridiction civile a ainsi dénié au chef de l'Etat le droit de procéder lui-même à cette ratification.

Cette jurisprudence nous paraît condamnable, car le chef de l'Etat est à l'heure actuelle l'organe législatif comme le Parlement l'était sous l'égide de la Constitution de 1875. Il n'y a donc aucune raison de ne pas lui reconnaître les mêmes pouvoirs.

La Cour de Cassation n'est pas d'ailleurs parfaitement logique dans son raisonnement puisqu'elle reconnaît néanmoins — il lui eût à vrai dire été impossible de décider autrement — que le décret-loi attaqué n'a pu être abrogé que par un acte législatif du chef de l'Etat. D'ailleurs, celui-ci peut tourner aisément la difficulté en prenant une loi rétroactive qui aura exactement la même portée que la ratification.

---

(6) R. Bonnard, *article cité*, p. 359.
(7) J. Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France*, loc. cit.
(8) *Cf. supra*, n° 18.
(9) Cass. crim., 11 mars 1941, D. A. 1941, J. 246.

27. — La législation immédiatement antérieure à la revision constitutionnelle de 1940 semble offrir un autre élément de discussion. On y trouve des décrets-lois intervenus à l'extrême fin du régime de 1875 et qui prévoient cependant leur présentation à la ratification des Chambres. Ainsi, un décret-loi du 8 juillet 1940, relatif aux avances à accorder dans certains cas à des entreprises industrielles, a été inséré au *Journal officiel* du 10 juillet 1940 (p. 4.529), alors que le *Journal officiel* du lendemain (p. 4.533) publie un décret du 10 juillet 1940 portant clôture de la session extraordinaire des Chambres, et que le *Journal officiel* du 12 publie (p. 4.538) l'acte constitutionnel n° 3 du 11 juillet 1940, qui ajourne les Chambres *sine die*. Mieux encore, un décret-loi du 9 juillet 1940, concernant le personnel diplomatique, a été inséré au *Journal officiel* du 11 (p. 4.534).

Etant donné qu'au moment même où le Gouvernement prenait ces décrets-lois, il projetait d'ajourner les Chambres *sine die* (10), au premier abord on comprendrait difficilement qu'il ait néanmoins prévu l'intervention de celles-ci s'il n'avait pas estimé que la ratification ne pourrait ultérieurement émaner que d'elles seules.

Toutefois, cette considération est dépourvue de valeur juridique et ne saurait fournir un argument à la thèse qui devait être ultérieurement adoptée par la jurisprudence. En effet, ces décrets-lois, qui sont intervenus sous l'empire du régime de 1875, sont juridiquement corrects. En outre, ils sont demeurés obligatoires après la revision constitutionnelle de juillet 1940, quoique celle-ci ait rendu impossible leur ratification par les Chambres, car la Cour de Cassation a jugé dans l'arrêté précité (11) qu'un décret-loi est obligatoire dès le jour de son émission, que sa force exécutoire ne dépend pas de sa soumission à la ratification dans le délai imparti par la loi de « pleins pouvoirs » et qu'il demeure en vigueur tant que le législateur ne l'a pas abrogé.

---

(10) *Cf. infra*, n° 29.

(11) Dans le même sens : Tribunal correctionnel de la Seine, 18 janvier 1941, Kubler (*Gazette du Palais*, 1941, 1, 198).

En conséquence, le procédé utilisé peut, tout au plus, être discuté au point de vue politique si l'on considère que le gouvernement eût pu attendre le renforcement prochain de ses pouvoirs, plutôt que de faire allusion à une ratification par les Chambres qu'il devait rendre aussitôt impossible.

Par contre, au point de vue juridique, un élément intéressant nous est apporté par la loi du 10 août 1940 (12), qui porte ratification de « décrets-lois » pris en exécution de la loi du 8 décembre 1939. C'est la consécration, par le législateur lui-même, de la thèse préconisée ici. Il est même curieux de constater que la Cour de Cassation ait pris par la suite une position contraire dans l'arrêt susvisé. En tout cas, il paraît certain qu'elle ne se ferait pas pour autant juge de la constitutionnalité de ladite loi.

Finalement, le chef de l'Etat peut édicter de véritables lois, modifier la répartition des matières législatives et réglementaires, émettre impunément des lois inconstitutionnelles et ratifier les décrets-lois d'avant 1940. En bref, il exerce effectivement le pouvoir législatif dans sa plénitude.

## II. — LE CHEF DE L'ÉTAT EXERCE LE POUVOIR LÉGISLATIF DANS SON EXCLUSIVITÉ

28. — L'acte constitutionnel n° 2 confère au chef de l'Etat l'exercice du pouvoir législatif jusqu'à la formation de nouvelles assemblées. D'autre part, il abroge dans son article 2 toutes dispositions des lois constitutionnelles de 1875 qui sont incompatibles avec les siennes. On peut logiquement en déduire que se trouve tacitement abrogé l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, qui disposait que le pouvoir législatif s'exerçait par les deux Chambres.

Ainsi que l'a justement souligné M. G. Liet-Veaux (13), « jusqu'à la publication de la nouvelle constitution, le pou-

(12) J. O. du 11 août 1940, p. 4676.
(13) G. Liet-Veaux, *op. cit.*, p. 432.

« voir législatif est organisé sans la participation des Cham-
« bres de 1875. Or, lorsque la nouvelle constitution sera
« publiée, il s'agira de *nouvelles* assemblées : il ne s'agira
« pas des Chambres de 1875. A aucun moment les Chambres
« ne semblent donc devoir se réunir de nouveau pour faire
« des lois. » C'est dire que l'ancien Parlement est privé de sa compétence législative.

29. — Au surplus, c'est la situation de fait créée par l'acte constitutionnel n° 3 du 11 juillet 1940, qui ajourne les Chambres jusqu'à nouvel ordre et ne leur permet de se réunir à nouveau que sur convocation du chef de l'Etat.

Par conséquent, le chef de l'Etat exerce le pouvoir législatif, non seulement dans sa plénitude, mais encore dans son exclusivité. Certes, il est entouré de conseils et de comités, mais il n'est jamais tenu de suivre leur avis (14).

Une définition complète de la loi doit donc nécessairement préciser que cet acte a pour auteur le chef de l'Etat, ce qui n'implique pas d'ailleurs que toutes les décisions de ce dernier soient des lois.

## § 3

### IL EST NÉCESSAIRE QUE LE CHEF DE L'ÉTAT AIT MANIFESTÉ SA VOLONTÉ D'AGIR DANS L'EXERCICE DE SON POUVOIR LÉGISLATIF.

SOMMAIRE. — N° 30 : Comparaison avec les « décrets législatifs » des périodes intermédiaires de 1848, de 1851-1852 et de 1870-1871. — 31 : Rôle de la volonté du chef de l'Etat.

30. — L'acte constitutionnel n° 2 ne confère pas seulement au chef de l'Etat l'exercice du pouvoir législatif. En outre, il reprend dans son article 1er, § 3, la formule dans

(14) R. Bonnard, *article cité*, pp. 356 et 357.

laquelle on avait coutume de voir le fondement du pouvoir réglementaire du Président de la République. Dans ces conditions, comment pourra-t-on déterminer dans quels cas on se trouve en présence d'une loi ?

Il semble à première vue que l'on puisse, comme on l'a fait après les périodes intermédiaires de 1848, de 1851-1852 et de 1870-1871, se borner à dire que seuls possèdent le caractère de lois les actes du chef de l'Etat qui touchent à une matière jusqu'alors législative.

Cette solution doit être écartée, car elle n'est pas en harmonie avec le principe déjà posé (1) que le chef de l'Etat dispose du plein exercice du pouvoir législatif et peut en conséquence, au même titre que le Parlement autrefois, modifier la répartition des matières législatives et réglementaires, laquelle n'est pas cristallisée dans l'état où elle se trouvait lorsque les Chambres ont cessé d'exercer leur fonction législative.

31. — Etant donné par ailleurs que l'organe législatif a la faculté de s'approprier toute matière, on ne peut, à défaut de critérium à base organique, que se référer à la volonté de l'autorité qui cumule les compétences législative et réglementaire. Dès lors qu'une autorité est souveraine, il est rationnel de rechercher son intention pour déterminer la portée qu'il convient d'attribuer à ses actes.

Cette assertion peut paraître évidente, mais elle nous semble nécessaire pour compléter notre définition de la loi, dont les deux autres éléments ne sont pas à eux seuls suffisants en raison de la confusion organique des pouvoirs et de l'indétermination du domaine matériel de la loi.

Nous sommes ainsi amené à conclure qu'il faut que le chef de l'Etat ait manifesté de manière suffisante sa volonté

---

(1) *Cf. supra*, n^os^ 24 et ss.

de conférer à certains de ses actes le caractère statutaire propre aux lois. Il s'ensuit que la notion de loi demeure une notion formelle : est loi tout acte que le chef de l'Etat a pris dans une forme qui révèle sa volonté d'agir dans l'exercice de son pouvoir législatif.

Il reste à déterminer comment se trouve remplie cette condition de manifestation de volonté de la part du chef de l'Etat. La réponse n'entre pas dans le cadre d'une définition de la loi, qui se borne à dégager un concept sans rechercher dans quels cas il est en pratique réalisé.

Nous ne serons appelé à effectuer cette recherche que lorsque nous aurons défini la loi et le règlement et serons ainsi en possession des éléments susceptibles de fournir un critérium de la distinction de ces actes.

## Section II

## LES ÉLÉMENTS DE LA DÉFINITION PROPOSÉE SONT SUFFISANTS

32. — Nous avons défini la loi : l'acte auquel le chef de l'Etat a entendu conférer un caractère statutaire dans l'ordonnancement juridique et nous avons montré que cette notion implique l'existence nécessaire de trois éléments.

Toutefois, les juristes ont proposé bien d'autres concepts dont ne fait pas état cette définition, qui n'est donc suffisante et par conséquent acceptable que si ces concepts sont à éliminer.

Nous examinerons rapidement les principaux d'entre eux, à savoir : l'ancien concept traditionnel de la loi « formule des principes » ; le concept de la loi « règle de droit objectif » ; le concept de la loi « règle générale » ; le concept de la loi « règle de droit » ; le concept dualiste ; le concept organique ; enfin le concept selon lequel il y aurait des matières législatives par nature.

§ 1er

## L'ANCIEN CONCEPT TRADITIONNEL DE LA LOI « FORMULE DES PRINCIPES »

SOMMAIRE. — N° 33 : Réfutation de ce concept par Moreau. — 34 : Raisons supplémentaires d'éliminer ce concept.

33. — Moreau nous enseigne (1) que la doctrine traditionnelle présentait autrefois la loi comme la « formule des principes », par opposition aux règlements qui n'auraient constitué que la « collection des détails » (2).

Cet auteur fait remarquer à juste titre que cette distinction n'a guère pu être imaginée qu'en droit public, car, en droit privé, principes et détails sont généralement inclus dans la loi. Il ajoute que, même dans l'ordre administratif, les lois de détail ne sont pas rares. Il conclut en rejetant un tel critérium, qui n'a rien de juridique.

34. — Au surplus, les lois ne peuvent renfermer tous les principes. Les assemblées de l'époque révolutionnaire n'ont pu suffire à une tâche aussi écrasante et ont dû laisser place à un certain pouvoir réglementaire, qui s'est ainsi développé peu à peu sous la pression des nécessités.

A l'inverse, il est pratiquement difficile de concevoir que toutes les lois se cantonnent strictement dans les principes.

A la vérité, ce concept ne cadre pas avec la constitution, qui attribue un caractère statutaire indistinctement à toutes les lois, même à celles qui se bornent à préciser des détails d'application de lois antérieures. En raison de la position qu'il occupe depuis juillet 1940, le chef de l'Etat peut attribuer la valeur législative à tous ses actes, quel que soit le caractère de leur contenu. De même que l'organe constituant peut faire entrer dans la constitution des dispositions de

---

(1) F. Moreau, *Le règlement administratif*, 1902, n° 34.
(2) Voir également : R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, p. 342. A. Pichat, *Les décrets en matière législative*, thèse, Paris, 1935, p. 8.

toutes sortes — même n'ayant pas trait à l'organisation des pouvoirs publics — dans le seul but de les mettre à l'abri des atteintes du législateur ordinaire, de même celui-ci peut inclure dans les lois des prescriptions de détail auxquelles il attribue une importance politique, afin d'assurer leur respect par les autorités administratives.

## § 2

## LE CONCEPT DE LA LOI « RÈGLE DE DROIT OBJECTIF »

SOMMAIRE. — N° 35 : Rappel sommaire de la théorie de Duguit. — 36 : Critique.

35. — Le Doyen Duguit définit la loi « l'acte par lequel « l'Etat formule une règle de droit objectif ou crée « des règles, organise des institutions destinées à assurer la « mise en œuvre d'une règle de droit objectif » (1). Le fondement du caractère impératif de la loi découlerait de cette idée et non de la puissance du législateur (2). La loi serait « l'expression d'une règle qui se forme dans la conscience des membres de la collectivité » (3).

D'après cette théorie — qui a été adoptée notamment par M. M. Réglade — nul n'est contraint d'obéir à une loi édictée par l'Etat si elle est contraire au droit objectif (4).

36. — Il serait trop long de reprendre les discussions que cette conception a suscitées. Il suffit ici de dire que le Doyen Duguit a formulé un vœu plus que la définition

---

(1) L. Duguit. — *Traité de droit constitutionnel*, tome II, 1928, p. 165.
(2) *Ibid.*, pp. 195 et ss.
(3) *Ibid.*, p. 199.
(4) *Ibid.*, p. 196.
M. Réglade, *La coutume en droit public interne*, thèse, Bordeaux, 1919, pp. 124 et ss.

d'une loi positive, ainsi que Mme S. Balachowsky-Petit (5) l'avait déjà fait remarquer à propos des premiers ouvrages de l'éminent auteur.

Il ne faut pas en effet confondre le point de vue politique et le point de vue juridique. Selon MM. J. Barthélémy et P. Duez (6), « les tentatives en vue d'une limitation juri-« dique de l'Etat sont vaines puisque, en cas de contestation, « c'est l'Etat qui tranche ». Certes, il est désirable que l'on essaie de limiter l'omnipotence des organes étatiques, mais c'est par des procédés constitutionnels, des moyens politiques, qu'on arrivera à faire entrer le prétendu « droit » naturel dans le droit positif, le seul qui mérite ce nom.

Carré de Malberg, qui est en France l'un des auteurs les plus représentatifs du positivisme juridique, estime de même que la règle de conduite tracée à l'Etat par les principes du « droit naturel » est purement une règle d'ordre moral ou politique (7).

Si on se place sur le terrain du droit positif, une loi contraire au « droit objectif » conserve néanmoins toute sa portée juridique. Peut-être son application engendrera-t-elle des troubles politiques, mais elle demeurera juridiquement applicable tant qu'elle n'aura pas été abrogée par un acte de puissance au moins équivalente.

Nous pourrions reprendre au seuil de cette étude l'avertissement donné par M. M. Waline dans son manuel de droit administratif : « On ne trouvera... dans cet ouvrage « aucune tentative pour juger ou condamner le droit positif « au nom d'un prétendu droit naturel supérieur », dont « le « contenu change d'un juriste à l'autre. » (8).

---

(5) S. Balachowsky-Petit, *op. cit.*, p. 59.

(6) J. Barthélémy et P. Duez, *op. cit.*, p. 52.

(7) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, p. 238.

(8) M. Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 1936, avant-propos, p. X.

## § 3

### LE CONCEPT DE LA LOI « RÈGLE GÉNÉRALE »

SOMMAIRE. — N° 37 : Le caractère illusoire de la garantie recherchée dans ce concept. — 38 : Critique de ce concept en doctrine. — 39 : Examen sommaire de la législation postérieure à juillet 1940.

37. — Une certaine doctrine voit la condition essentielle de la loi dans la généralité de ses dispositions. Une disposition est générale, non pas en ce sens qu'elle produit effet *erga omnes*, mais parce qu'elle est émise *in abstracto*, pour régir tous les cas identiques, sans acception de personnes (1).

La théorie de la loi « règle générale » remonte à l'antiquité et a toujours été prônée par de nombreux auteurs. Ce succès n'est pas surprenant, car on a cru trouver dans cette conception une garantie contre l'arbitraire des décisions individuelles (2).

Cependant, le Professeur H. Dupeyroux (3) a très bien montré que cette garantie est pratiquement illusoire et que le législateur pourra prendre en considération des situations particulières tout en disposant par voie générale. Il donne comme exemple la loi du 17 juillet 1889 interdisant les candidatures multiples aux élections législatives, qui visait le général Boulanger. Depuis juillet 1940, on peut citer la loi du 13 août 1940 (4) portant interdiction des associations secrètes. Cette loi vise toute association ou groupement de fait qui présente à un titre quelconque un caractère clandestin ou secret. Sans doute, aucune association n'est nom-

(1) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, n° 95.
R. Carré de Malberg, *La loi, expresion de la volonté générale*, 1931, pp. 4 et 57.
(2) L. Duguit, *op. cit.*, tome II, pp. 174 et ss.
(3) H. Dupeyroux, *Sur la généralité de la loi*, dans Mélanges R. Carré de Malberg, 1933, pp. 138 et ss.
(4) J. O. du 14 août 1940, p. 4691.

mée, mais, sous une apparence impersonnelle, la loi vise la franc-maçonnerie. Peut-être pourrait-on dire la même chose de la loi du 20 novembre 1941 (5), qui attribue une dotation viagère aux veuves des officiers généraux « ayant commandé « en chef les forces terrestres, maritimes ou de l'air et morts « en service commandé ».

38. — Carré de Malberg (6) a nié la nécessité, en droit positif, du caractère de généralité de la loi. Il s'attache notamment à montrer que cette thèse n'a aucun fondement juridique. Non seulement la Constitution de 1875 ne définit nulle part la loi une règle générale, mais au contraire, elle donne à l'autorité administrative un pouvoir de réglementation générale.

Il en va de même sous l'empire de l'acte constitutionnel n° 2. Si les lois prises par application de ce texte étaient caractérisées par la généralité de leurs dispositions, on devrait en déduire — ce qui est évidemment inacceptable — que le chef de l'Etat, en tant qu'autorité administrative, ne dispose plus du pouvoir réglementaire et que toutes les prescriptions qu'il édicte par voie générale ont force de loi.

A l'inverse, une loi est nécessaire pour déroger dans un cas particulier aux lois en vigueur (7). Sans doute, E. Laferrière (8) et Duguit (9) ont estimé qu'une décision individuelle en forme de loi ne peut déroger à la législation générale existante. Il suffit de répliquer que le chef de l'Etat a le plein exercice du pouvoir législatif (10), qu'il peut prendre en vertu de ce pouvoir des dispositions de toutes sortes et qu'il n'existe aucune voie de recours contre ses actes législatifs (11).

---

(5) J. O. du 22 novembre 1941, p. 5011.
(6) R. Carré de Malberg, *op. cit.* tome I, n° 98.
(7) *Ibid.*, n° 125.
(8) E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2e édition, 1896, pp. 17 et 18.
(9) L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, pp. 251 et ss.
(10) *Cf. supra*, n°s 24 et ss.
(11) *Cf. supra*, n° 18.

Carré de Malberg n'a pas été le premier auteur français — quoi qu'en dise M. H. Dupeyroux (12) — qui ait nié la nécessité de la généralité de la loi. Bien avant lui, G. Cahen (13) a refusé de voir dans la généralité un caractère essentiel de la loi. Il est vrai que sa démonstration consiste à prouver qu'il peut exister des règles de droit n'ayant pas ce caractère. Ce point ne saurait évidemment être contesté, mais la question reste entière si l'on rejette son concept de la loi « règle de droit » (14).

De même, Beudant (15) et Berthélémy (16) ont également refusé de voir dans la généralité le caractère propre de la loi.

A vrai dire, la généralité est un trait habituel mais non juridiquement nécessaire de la loi. Elle n'en constitue donc pas l'essence.

39. — Il est à peine utile de noter qu'il est intervenu depuis juillet 1940 d'assez nombreuses lois particulières. On n'en compte pas moins d'une centaine jusqu'en novembre 1942. On peut citer entre autres différentes lois approuvant des conventions passées entre l'Etat d'une part et, d'autre part, des organismes financiers ou divers, tels la Banque de France, le Crédit Foncier de France, la Banque nationale française du commerce extérieur, la Caisse nationale de crédit agricole, la Caisse autonome d'amortissement, la Compagnie générale transatlantique.

---

(12) H. Dupeyroux, *article cité*, p. 137.

(13) G. Cahen, *La loi et le règlement*, thèse, Paris, 1903, pp. 113 et ss.

(14) *Cf. infra*, n^os^ 40 et ss.

(15) Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, 2e édition, 1934, tome I, avec la collaboration de Mme Béquignon-Lagarde, p. 56.

(16) H. Berthélémy, *La loi et le règlement*, dans Mélanges Maurice Hauriou, 1929, p. 821.

§ 4

## LE CONCEPT DE LA LOI « RÈGLE DE DROIT »

SOMMAIRE. — N° 40 : Origine allemande de ce concept. — 41 : Inapplicabilité en droit français; les lois n'ont pas le monopole de l'émission des « règles de droit »; toutes les lois ne contiennent pas des « règles de droit ». — 42 : La notion de règle de droit adoptée dans cette théorie est trop étroite.

40. — Ce concept a été élaboré par des auteurs allemands, notamment Laband et Jellinek. Le domaine propre de la loi serait la règle de droit et toute disposition qui modifie la situation juridique des gouvernés aurait la nature de règle de droit (1).

Carré de Malberg (2) a montré que cette théorie peut s'expliquer par des considérations propres au droit allemand sur lesquelles il n'y a pas lieu de s'étendre ici.

41. — Par contre, elle ne peut être transposée en droit français et les efforts qui ont été faits dans ce sens, en particulier par G. Cahen (3) et par les Doyens Duguit (4) et Hauriou (5), ne sont pas concluants.

Dans notre organisation constitutionnelle, les lois n'ont pas le monopole de l'émission des « règles de droit » au sens où l'entendent les juristes précités. Sans doute, elles peuvent émettre des règles de cette nature puisqu'elles peuvent tout faire, mais le statut juridique des particuliers peut aussi bien être inclus dans des actes non législatifs. Certains règlements administratifs, notamment les règlements de police,

---

(1) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, n° 100.
Id., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés...*, 1933, n° 5.

(2) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, n°s 102 et 104.
Id., *La loi, expression de la volonté générale*, 1931, pp. 6 et ss.

(3) G. Cahen, *op. cit.*, pp. 96 et ss.

(4) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e édition, tome II, §§ 15 et ss.

(5) M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 8e édition, 1914, pp. 46 et 47.

touchent aux droits des gouvernés. De même, le juge a, non seulement le pouvoir, mais l'obligation de créer du droit lorsqu'il se heurte au silence ou à l'insuffisance de la loi en une matière quelconque.

Au surplus, toutes les lois ne renferment pas des « règles de droit ». Le fait n'est pas nié par les auteurs de cette théorie. Afin de rester néanmoins logiques avec eux-mêmes, ils prétendent il est vrai que l'organe législatif ne fait pas véritablement acte de « puissance législative » lorsqu'il ne crée pas du *jus novum* pour les particuliers. Il émettrait alors des « lois administratives », par opposition aux « lois de droit ».

Cette explication ne cadre pas avec la notion constitutionnelle de loi en droit français. Toutes les lois ont la même portée statutaire, la même « puissance », qu'elles réglementent ou non le statut juridique des gouvernés (6).

42. — D'ailleurs, la notion de règle de droit est en réalité plus large que dans la théorie envisagée. Carré de Malberg (7) définit la règle de droit toute règle dont le respect est assuré par des moyens de contrainte ou de répression fournis par une organisation ayant elle-même source et force juridiques. Dans cette dernière conception, toute loi crée évidemment une règle de droit, même si elle ne modifie pas la situation juridique des particuliers ; en outre, les lois ne constituent pas la source unique des règles de droit en ce sens élargi.

En définitive, il n'y a donc pas coïncidence entre le concept de loi et celui de règle de droit.

---

(6) *Cf. supra*, n°s 13 et ss.

(7) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, n° 107.
Id., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés...*, p. 72.

## § 5

## LE CONCEPT DUALISTE DE LOI

SOMMAIRE. — N° 43 : Essai d'adaptation des deux théories précédentes au droit positif. — 44 : L'unité de la notion constitutionnelle de loi. — 45 : Explication historique de la persistance du concept en cause.

43. — Afin de remédier au défaut de concordance de leur notion avec le droit constitutionnel français, les auteurs de la théorie de la loi « règle générale » et de la théorie de la loi « règle de droit », ont été conduits à imaginer la distinction des lois matérielles et des lois formelles, qui ne réalise qu'une adaptation artificielle de ces deux concepts au droit positif.

Les auteurs précités ont dû reconnaître que des actes qui portent constitutionnellement le nom de loi n'en sont pas pour autant caractérisés par leur portée de « règle de droit » ou par la généralité de leurs dispositions.

Ils ont en conséquence distingué les lois en la forme ou lois formelles et les lois quant au fond ou lois matérielles. Carré de Malberg (1) a nettement précisé leur position par la définition suivante : « est loi matérielle, quelle que soit sa « forme, toute prescription qui, à raison de la généralité de « son dispositif, produit les effets propres aux règles géné« rales, ou encore toute prescription qui, apportant des « innovations à l'ordre juridique applicable aux particuliers, « acquiert de ce chef la portée et engendre les effets d'une « règle de droit ». Par contre, est loi formelle, quel que soit son contenu, toute prescription édictée par l'organe législatif en forme législative.

44. — Cette distinction est inconciliable avec la notion unitaire de loi qui était déjà impliquée dans la Constitution de 1875 et qui a subsisté avec l'acte constitutionnnel n° 2 du 11 juillet 1940.

---

(1) R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, 1931, p. 13.

Selon le Doyen Duguit (2), il est possible de découvrir deux conceptions de la loi dans l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Ce texte a voulu dire, ou que toute décision des Chambres est une loi quel que soit son contenu, ou que la loi au sens matériel ne peut résulter que du vote des deux Chambres. Vu sa conception matérielle de la loi, cet auteur ne peut évidemment admettre aucune de ces significations. Aussi préfère-t-il dire que ce texte a surtout eu pour but d'affirmer la dualité des assemblées législatives et laisse toute latitude au juriste pour forger une notion de loi.

Cette conclusion est inacceptable, car il est logique d'attribuer un sens à la disposition susvisée : les constituants n'ont pu organiser la fonction législative sans adopter un certain concept de la loi.

L'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, ainsi que l'article 1er, § 2, de l'acte constitutionnel n° 2, ne parlent que d'un seul pouvoir législatif. Dans ces conditions, la loi, qui est essentiellement caractérisée par la force reçue de son auteur, est aussi unique et on peut parfaitement lui appliquer la définition que Arndt (3) concevait dans notre droit : « la loi, c'est la réglementation supérieure émanant « du pouvoir suprême, qui contraint, oblige tous les sujets, « les autorités, les tribunaux, sans qu'on se préoccupe de « son contenu, qu'elle soit ou non une règle de droit ».

Il est discutable qu'on appelle « lois » matérielles certains actes qui ne sont pas dotés de la puissance propre aux lois. A l'inverse, il n'existe aucune raison de refuser le titre pur et simple de loi aux lois dites formelles qui en ont toute la force juridique.

On nous accusera peut-être de confondre le point de vue matériel et le point de vue formel. Nous refusons simplement d'accepter une distinction qui est inconciliable avec les textes constitutionnels relatifs au pouvoir législatif et qui, par surcroît, ne présente aucun intérêt pratique. Dans une

---

(2) L. Duguit, *op. cit.*, tome II, p. 163.
(3) Rapporté par G. Cahen, *op. cit.*, pp. 51-52.

consultation donnée en 1932 au gouvernement du Grand Duché de Luxembourg, le Professeur J. Barthélémy (4) a soutenu contre le Professeur G. Jèze que cette distinction n'avait aucune importance pratique, et les hautes juridictions de ce pays ont décidé en conséquence que tous les actes du Parlement, lois formelles ou lois matérielles, sont soumis au même régime juridique.

On ne saurait parler autrement des lois en droit français. Différents textes exigent des lois « formelles » : déclaration d'utilité publique de certains travaux, autorisation de création d'une congrégation, loi de budget, etc... A l'instar des autres lois, ces actes conditionnent l'activité des autorités subordonnées au législateur.

45. — Dans ces conditions, il peut paraître surprenant que la distinction des lois matérielles et formelles soit toujours invoquée en France. A la vérité, ce fait provient de la persistance de la doctrine à vouloir conserver un concept de la loi qui cadrait bien avec la constitution à l'origine de notre droit public moderne, mais qui n'est plus actuellement en harmonie avec elle.

Au début de l'application du principe de la séparation des pouvoirs, « le caractère matériel de la loi coïncidait mathé« matiquement avec son caractère formel » (5). Les constituants de 1791 entendaient en effet par loi toute disposition par voie générale et ils réservaient jalousement à l'organe législatif le pouvoir de prendre de telles dispositions.

Mais celui-ci ne put suffire à une tâche aussi lourde et on assista, sous la pression des nécessités d'ordre pratique, à la formation progressive du pouvoir réglementaire du chef de l'Etat, qui fut d'abord toléré, puis expressément reconnu à partir de la Constitution de l'an VIII (6).

Les auteurs qui persistèrent néanmoins à conserver le concept primitif de loi durent ranger dans une catégorie

(4) J. Barthélémy et P. Duez, *op. cit.*, p. 728.
(5) M. Réglade, *op. cit.*, p. 190.
(6) L. Duguit, *op. cit.*, tome IV, § 45.

distincte les actes de l'organe législatif qui ne cadraient pas avec ce concept. Ils y virent des « lois formelles », autrement dit des actes de gouvernement, des actes d'administration ou des décisions individuelles qui n'ont de la loi que la forme.

## § 6

## LE CONCEPT ORGANIQUE DE LOI

SOMMAIRE. — N° 46 : La confusion organique des pouvoirs législatif et réglementaire. — 47 : Théorie de Carré de Malberg sur l'impossibilité de construire une gradation des règles sans tenir compte de la gradation des organes. — 48 : Raison du maintien de la gradation des règles depuis 1940.

46. — Sous l'empire de la Constitution de 1875, la loi, au sens constitutionnel du terme, se reconnaissait à son auteur : étaient lois toutes dispositions, et celles-là seulement, qui avaient été votées par les deux Chambres.

Par contre, la question est plus complexe depuis juillet 1940, car l'acte constitutionnel n° 2 réalise la confusion organique des pouvoirs législatif et réglementaire et élimine du même coup un critérium de la loi qui était à la fois simple et précis.

Cette constatation conduit à examiner si les lois ont pu néanmoins conserver leurs caractères distinctifs des règlements.

47. — Carré de Malberg nie la possibilité de construire une gradation des règles sans tenir compte de la gradation des organes. Faisant allusion à la gradation hiérarchique entre la constitution et la loi, il précise qu'elle ne pourrait exister que si le sort des lois constitutionnelles n'était pas laissé à la merci du législateur ordinaire, ou si, tout au moins, celui-ci ne pouvait porter atteinte à la constitution que selon des formes réduisant les facilités de modification (1).

---

(1) R. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés...*, n° 15.
Id., *La loi, expression de la volonté générale*, 1931, chap. III, n° 28.

Il convient d'appliquer le même raisonnement à la gradation hiérarchique entre la loi et le règlement et de dire qu'elle ne peut être effective que si le sort des lois n'est pas abandonné à l'organe investi du pouvoir réglementaire, ou si, tout au moins, celui-ci ne peut toucher aux lois qu'en observant des formes plus rigoureuses.

Dans ces conditions, on peut se demander si la distinction de la loi et du règlement a réellement pu subsister à une époque où règne la confusion des pouvoirs.

48. — Une solution simple consisterait à dire que le chef de l'Etat a une double qualité, du moins au cours de la période considérée : d'une part celle d'organe législatif et, d'autre part, celle de chef de l'Exécutif investi à ce titre du pouvoir réglementaire. La question ne se trouverait pas résolue pour autant : le chef de l'Etat a bien cette double qualité, mais il n'en demeure pas moins un organe unique.

En réalité, malgré cette situation, le sort des lois n'est pas juridiquement — bien qu'il le soit en fait politiquement — laissé à la merci du pouvoir réglementaire. En effet, le chef de l'Etat ne peut modifier ou abroger une loi par un acte en forme de règlement. Cela résulte de l'acte constitutionnel n° 2 lui-même, qui prévoit que le pouvoir législatif est exercé en conseil des ministres et que les lois doivent être promulguées. C'est un cas d'auto-limitation de pouvoirs. Le Maréchal Pétain cumule les pouvoirs constituant, législatif et réglementaire, mais il a pu, en tant qu'organe constituant, s'imposer des formalités dans l'exercice de son pouvoir législatif. Il est certain que les tribunaux sanctionneraient l'illégalité d'un règlement contraire à une loi, bien que ces deux actes aient le même auteur.

Carré de Malberg lui-même (2) avait constaté que chacun des organes étatiques cumule des fonctions qui demeurent néanmoins distinctes. Un nouveau cas de cumul de ce genre

(2) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome II, n° 281 *in fine*.

a été réalisé par l'acte constitutionnel n° 2 : le chef de l'Etat exerce à la fois la fonction législative et la fonction réglementaire.

Ce phénomène peut sembler anormal dans un pays comme la France où le principe de la séparation des pouvoirs est traditionnellement appliqué depuis un siècle et demi. Toutefois, si la distinction de la loi et du règlement est politiquement précaire depuis 1940, elle n'en subsiste pas moins au point de vue juridique, et c'est ce qu'il importe de retenir ici.

Finalement, on aboutit aux conclusions suivantes. Un critère organique a toujours une base formelle : telle était notamment la situation avec la Constitution de 1875, sous l'empire de laquelle les pouvoirs législatif et réglementaire étaient attribués à des organes distincts, de sorte que la forme de l'acte révélait sa qualité de loi ou de règlement. Par contre, un critère formel n'est pas forcément à base organique : il en est ainsi du critère formel des lois émises dans le cadre de l'acte constitutionnel n° 2.

## § 7

## LE CONCEPT SELON LEQUEL IL EXISTERAIT DES MATIÈRES LÉGISLATIVES PAR NATURE

SOMMAIRE. — N° 49 : Matières qui seraient nécessairement réservées au législateur; énumération du Doyen Duguit et de Mlle A. Pichat. — 50 : Critique; les peines. — 51 : Les impôts et les engagements de crédits. — 52 : Autres matières prétendues législatives par nature. — 53 : La « coutume constitutionnelle »; négation de sa force juridique. — 54 : Inexistence d'un catalogue des matières législatives; variation continuelle de la répartition des matières entre la loi et le règlement.

49. — Nous avons vu (1) que le critérium matériel de loi ne cadre pas avec le droit positif français si l'on prend pour base la nature de la disposition édictée : « règle générale » ou « règle de droit ».

---

(1) *Cf. supra*, nos 37 et ss. et nos 40 et ss.

Indépendamment de ces conceptions, — qui ont abouti en outre à la distinction artificielle des lois matérielles et des lois formelles —, certains auteurs ont voulu distinguer la loi, non plus seulement par les caractères susvisés, mais par les matières qui rentreraient *naturellement* dans son domaine.

Ainsi, le Doyen Duguit (2) considère que sont obligatoirement réservées au législateur toutes dispositions par voie générale portant sur les matières suivantes : établissement d'une peine ; création d'une contribution ou d'une taxe ; restrictions apportées à la liberté individuelle au sens général et comprenant la liberté physique, la liberté des contrats, la liberté commerciale et la liberté du travail ; enfin, restrictions apportées à la propriété individuelle.

De même, Mlle A. Pichat (3) essaie d'énumérer les attributions *par nature* du pouvoir législatif. Elle se réfère aux conclusions du Commissaire du Gouvernement Romieu sous un arrêt du Conseil d'Etat en date du 4 mai 1906 (4) et complète d'après cette base l'énumération du Doyen Duguit, notamment par les matières suivantes : les questions touchant à l'état des personnes, les actes instituant des juridictions nouvelles et les actes qui créent des autorités administratives nouvelles pouvant prendre des décisions exécutoires opposables aux tiers.

Les auteurs qui admettent ainsi l'existence de matières législatives par nature fondent leur opinion, soit sur d'anciens textes constitutionnels qui seraient passés à l'état de « coutume constitutionnelle », soit sur de simples lois, soit sur la jurisprudence. Il convient d'examiner si leur thèse a vraiment une base juridique.

50. — Cette doctrine voit d'abord dans le fameux article 4 du Code Pénal — qui confirme le principe classique

---

(2) L. Duguit, *op. cit.*, tome IV, p. 764.
(3) A. Pichat, *Les décrets en matière législative*, thèse, Paris, 1935, pp. 12 et ss.
(4) Conseil d'Etat, 4 mai 1906, Babin (Recueil Lebon, p. 365).

« *Nulla pœna sine lege* » — l'impossibilité pour le règlement d'établir des peines et la consécration du monopole de la loi dans ce domaine.

Toutefois, ce texte n'a que la valeur d'une loi ordinaire et peut donc être modifié dans la même forme. Cette constatation élémentaire a été faite il y a longtemps déjà par M. G. Cahen (5) et elle a conservé sa valeur depuis juillet 1940, attendu que le chef de l'État exerce le pouvoir législatif dans sa plénitude et peut ainsi modifier la répartition des matières législatives et réglementaires.

Il est vrai que Duguit invoque le caractère constitutionnel de cette règle, qui était inscrite dans les textes constitutionnels de l'époque révolutionnaire. Mais ces textes ont tout au plus été ramenés au rang de loi ordinaire par le phénomène de la déconstitutionnalisation.

51. — En second lieu, on a coutume de voir dans la création d'impôts et l'engagement de crédits des matières législatives par nature que le législateur ne pourrait non plus faire sortir de son champ d'action.

Là également, on invoque l'autorité de dispositions simplement législatives, telles l'article 1er de la loi du 14 décembre 1879, selon lequel « il ne peut être accordé de crédits « qu'en vertu d'une loi », et l'article final inséré chaque année depuis 1817 dans la loi annuelle de finances, qui interdit de percevoir toute contribution non autorisée par celle-ci.

En outre, il n'est pas davantage possible ici de mettre en avant les textes constitutionnels de la période révolutionnaire. Le Professeur M. Réglade (6) fait toutefois observer que, même ceux qui n'admettent pas la valeur constitutionnelle rigide de la Déclaration de 1789, sont forcés de reconnaître que le vote des impôts par le Parlement est de droit constitutionnel rigide, attendu que l'article 8 de la loi constitutionnelle du 24 février 1875 dispose que les lois de

(5) G. Cahen, *op. cit.*, p. 267.
(6) M. Réglade, *op. cit.*, p. 205.

finances doivent être, en premier lieu, présentées à la Chambre des Députés et votées par elle. De même, l'article 1^er^, § 2, de l'acte constitutionnel n° 2, après avoir prévu dans quels cas le chef de l'Etat exerce le pouvoir législatif, ajoute que, « dans les mêmes circonstances, il peut édicter toutes « dispositions d'ordre budgétaire et fiscal ». A la vérité, ces textes n'empêchent nullement l'organe législatif d'habiliter le pouvoir réglementaire à prendre des dispositions financières.

52. — Il en va pareillement des autres matières prétendues législatives par nature — telles la création de juridictions (7), les restrictions à la liberté et à la propriété —, qui sont incluses dans le domaine de la loi par des lois ordinaires ou des textes déconstitutionnalisés. C'est ainsi que l'organisation judiciaire a été réservée au pouvoir législatif par la loi des 16-24 août 1790 et a été fixée par des codes qui n'ont que la valeur législative.

Quant aux rares matières expressément réservées à la loi par la constitution (8), elles peuvent néanmoins être traitées par règlement en vertu d'une habilitation du législateur, qui sera inconstitutionnelle mais inattaquable en l'état actuel de notre droit.

Mlle A. Pichat (9) invoque en outre, dans certains cas, l'autorité de la jurisprudence, mais il est à peine utile de faire remarquer qu'une jurisprudence, aussi bien assise soit-elle, n'impose aucune règle de conduite à l'organe législatif. Certes, elle présente un intérêt considérable, mais seulement tant que la loi ne l'a pas tarie. Or, ce qu'il importe de constater ici, c'est que le législateur demeure libre de ne pas conserver le monopole de l'émission de certaines dispositions qu'on veut lui réserver contre son gré.

---

(7) G. Cahen, *op. cit.*, pp. 285 et ss.

(8) L'acte constitutionnel n° 5 du 30 juillet 1940, relatif à la Cour Suprême de Justice, prévoit dans son article 2 que l'organisation et la compétence de cette cour, ainsi que la procédure à suivre devant elle, seront réglées par une loi.

(9) A. Pichat, *op. cit.*, pp. 14 et ss.

53. — Cette argumentation serait toutefois incomplète si nous n'abordions le grave problème de la force juridique de la « coutume constitutionnelle », qui a également été invoquée à l'appui de la thèse critiquée.

Les Professeurs G. Scelle (10) et M. Réglade (11) voient le fondement de la force juridique des transformations coutumières de la constitution dans le fait qu'elles constituent une soupape de sûreté aux révolutions et aux coups d'Etat. M. M. Réglade (12) estime, par exemple, que le droit de dissolution de la Chambre des Députés a été abrogé par une coutume *contra legem*. Il apparaît plutôt que c'est seulement une coutume politique qui a porté atteinte à cette prérogative présidentielle et qu'un décret de dissolution aurait pu juridiquement intervenir au cours des dernières années de crise. Cet auteur (13) voit pareillement une coutume constitutionnelle dans le fait que le chef de l'Etat, tant aux U. S. A. qu'en France, n'est pas pratiquement rééligible ; or, cette prétendue règle constitutionnelle coutumière a été violée dans les deux pays sans qu'ait surgi aucune difficulté *juridique*.

En réalité, il faut distinguer l'aspect politique et l'aspect juridique de la question. Au point de vue politique, cette coutume dite constitutionnelle peut lier dans une certaine mesure les autorités étatiques, mais, au point de vue juridique, rien n'empêche les organes *constitués* d'y déroger. Une crise politique peut en résulter, mais aucune critique juridique n'est possible.

M. J. Delvolvé (14) ajoute à raison que ces règles coutumières sont à la merci de la volonté du législateur, attendu que, en l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois, nul n'est qualifié pour en reconnaître l'existence juridique.

---

(10) G. Scelle, *op. cit.*, pp. 124 et 125.
(11) M. Réglade, *op. cit.*, p. 159.
(12) *Ibid.*, p. 169.
(13) *Ibid.*, p. 173.
(14) J. Delvolvé, *op. cit.*, p. 14.

Enfin, les auteurs qui admettent la force juridique de cette coutume ne sont pas eux-mêmes d'accord sur son contenu (15).

Finalement, nous pensons devoir nous rallier à ce sujet à l'opinion d'une minorité de juristes dont l'autorité est incontestée et parmi lesquels on peut citer Carré de Malberg (16), J. Laferrière (17) et P. Lescot (18).

54. — Il est maintenant possible de prendre parti en pleine connaissance de cause sur la question de la répartition des matières législatives et réglementaires. Nous sommes amené une fois de plus à constater que les éléments de notre définition sont suffisants : toute disposition peut être législative si son auteur a le pouvoir de conférer à ses actes un caractère statutaire et s'il a effectivement utilisé ce pouvoir. L'organe législatif n'est limité à ce sujet par aucune règle juridique, pas même *en fait* par la constitution en l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois. « La constitution ne connaît pas une *matière législative*, elle « connaît seulement une puissance législative, un « *pouvoir* « *législatif* » selon l'expression de la loi constitutionnelle du « 25 février 1875 » (19) et de l'acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940.

Il n'existe donc pas de catalogue des matières législatives. Ce trait a été souligné par de nombreux auteurs, en particulier Moreau (20), Duguit (21), M. L. Rolland (22), M. R. Bonnard (23). La répartition des matières entre la loi et le

(15) *Cf.* M. Mignon, *op. cit.*, p. 112.

(16) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome II, p. 582 note 10.
Id., *La loi, expression de la volonté générale*, 1931, chap. II, n° 55 et chap. III, n° 4.

(17) Rapporté par G. Scelle, *op. cit.*, p. 117.

(18) P. Lescot, note au S. 1939, 3, 33 (sous Conseil d'Etat, 27 décembre 1938, Amicale des anciens combattants des chemins de fer de l'Etat).

(19) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, p. 361.

(20) F. Moreau, *op. cit.*, n° 137.

(21) L. Duguit, *op. cit.*, tome IV, p. 662.

(22) L. Rolland, *Le pouvoir règlementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918*, Revue du droit public, tome XXXV, 1918, p. 555.

(23) R. Bonnard, *op. cit.*, pp. 286-287.

règlement ne peut être établie qu'à un moment donné puisque l'organe législatif peut la faire varier constamment. Selon M. P. Lescot (24), elle résulte, « soit de lois précises, « soit de l'interprétation de la volonté du législateur, telle « que la traduisent les différents textes votés par le Parle- « ment ».

La constitution actuelle, pas plus que celle de 1875, n'a essayé d'énumérer les objets relevant de la législation. M. J. Delvolvé (25) va même jusqu'à dire qu'aucune constitution ne peut, en raison de la possibilité d'extension indéfinie de la réglementation étatique, donner une répartition complète des matières législatives et réglementaires. Dans ces conditions, la constitution se borne à placer dans le domaine de la loi ou du règlement les matières qu'elle juge utile de répartir ainsi pour des motifs d'opportunité politique. Et encore convient-il de rappeler qu'une loi qui ne respecterait pas les dispositions constitutionnelles prises à cet égard échapperait à toute critique contentieuse.

Il n'y a d'ailleurs pas lieu de regretter cet état de choses. En effet, les nécessités pratiques changeantes rendraient politiquement dangereuse toute cristallisation juridique des sphères respectives d'action des pouvoirs législatif et réglementaire. En laissant à un organe unique le soin de répartir les objets de réglementation entre les différents organes de l'Etat, on évite des conflits insolubles générateurs de révolutions et de coups d'Etat.

Il est presque superflu de noter que l'inexistence de matières législatives par nature ne préjuge pas de la solution à donner au problème de l'étendue du pouvoir réglementaire. Nous avons seulement voulu montrer ici que la loi n'est pas caractérisée par des matières qui lui appartiendraient en propre. En d'autres termes, si toute matière peut être appropriée par l'organe législatif, nulle matière ne lui est réservée contre son gré.

---

(24) P. Lescot, note précitée au S. 1939, 3, 33.
(25) J. Delvolvé, *op. cit.*, n° 75.

CHAPITRE II

# NOTION DE RÈGLEMENT

55. — La loi a posé des règles statutaires qui vont régir l'activité étatique dans son ensemble et notamment celle de l'administration. Toutefois, celle-ci ne peut faire dans chaque cas une application particulière des lois : il est nécessaire d'autoriser les administrateurs à édicter des réglementations générales, qui leur permettront de simplifier leur tâche et d'assurer l'uniformité de leurs décisions et qui procureront en outre aux administrés une certaine garantie contre les actes arbitraires.

On pourrait à la rigueur imaginer que la loi prenne elle-même le soin de prévoir des dispositions suffisamment détaillées pour que ces résultats soient atteints sans qu'une réglementation générale vienne s'interposer entre la législation et l'administration. C'était la conception des constituants de 1791, qui entendaient réserver au législateur le monopole de l'émission des dispositions par voie générale. Cette prétention s'est vite révélée inconciliable avec les nécessités pratiques et le pouvoir réglementaire s'est progressivement développé — d'abord en marge de la constitution — et a été finalement consacré expressément à partir de la Constitution de l'an VIII.

Cette nécessité de l'existence du pouvoir réglementaire est d'autant plus impérieuse à l'heure actuelle, où l'Etat intervient de plus en plus dans toutes les manifestations de la vie du pays.

Par contre, si la nécessité des règlements est unanimement reconnue, l'accord est loin de régner sur leur nature.

56. — Il faut d'abord remarquer que bien des autorités sont investies *dans l'Etat* du pouvoir réglementaire. Parmi les principales, on peut citer, à côté du chef de l'Etat, non seulement les préfets et les maires, mais également les ministres, qui, indépendamment du pouvoir réglementaire organique, ne disposaient antérieurement du pouvoir réglementaire général qu'à titre exceptionnel, mais qui, depuis 1940, ont été chargés de plus en plus fréquemment d'assurer l'exécution des lois par arrêtés réglementaires.

En outre, *dans les départements et les communes*, les préfets et les maires, ainsi que les conseils départementaux et les conseils municipaux, ont reçu des organes de l'Etat le pouvoir de disposer par voie générale dans des cas limitativement prévus.

57. — Toutefois, parmi les nombreuses autorités investies d'un pouvoir réglementaire, le chef de l'Etat vient au premier rang, car c'est à lui qu'appartient normalement le pouvoir réglementaire général dans l'Etat.

Aussi, étant donné qu'il n'y a pas lieu de présenter ici une étude complète du règlement, nous n'allons examiner que les règlements du chef de l'Etat, qui sont, en raison de leur portée générale, les plus intéressants à comparer aux lois.

D'ailleurs, vu la confusion de pouvoirs opérée par l'acte constitutionnel n° 2, ce sont les décrets réglementaires qu'il est le plus délicat de distinguer des lois, tandis que ce texte n'a eu aucune répercussion sur les autres règlements.

58. — Reprenant la méthode adoptée pour définir la loi, nous essaierons de caractériser les règlements du chef de l'Etat principalement par les forces qui n'appartiennent qu'à eux et qui sont communes à tout décret réglementaire.

Selon la définition que nous proposons, le décret réglementaire est l'acte administratif qui renferme des dispositions

générales soumises au respect des lois en vigueur et est émis par le chef de l'Etat dans une forme ne révélant pas sa volonté d'agir dans l'exercice de son pouvoir législatif.

Cette définition sera satisfaisante si ses éléments sont à la fois nécessaires et suffisants.

## Section I

## LES ÉLÉMENTS DE LA DÉFINITION PROPOSÉE SONT NÉCESSAIRES

59. — Les éléments de la définition proposée ne sont nécessaires qu'à certaines conditions. Il faut, quant au fond, que le décret réglementaire soit essentiellement un acte administratif contenant des dispositions générales soumises au respect des lois existantes. Quant à la forme, la définition implique que le chef de l'Etat a effectivement hérité du pouvoir réglementaire antérieurement reconnu au Président de la République et qu'il a émis son acte sous une forme qui ne révèle pas sa volonté d'agir dans l'exercice de son pouvoir législatif.

### § 1er

### LE RÈGLEMENT EST UN ACTE ADMINISTRATIF

SOMMAIRE. — N° 60 : Le point de vue matériel et le point de vue formel. — 61 : Identité de fondement de la fonction administrative et du pouvoir règlementaire. — 62 : Nature des règlements d'administration publique. — 63 : Nature des règlements coloniaux.

60. — Carré de Malberg dit qu'il n'est guère de théorie en droit public français qui ait donné lieu à plus de divergences que celle du règlement (1). Sans doute, nul auteur n'a évidemment contesté que le règlement est un acte administratif au point de vue organique. Il n'en va pas

(1) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, p. 554.

différemment depuis juillet 1940, car le chef de l'Etat possède la double qualité d'organe législatif et d'autorité administrative et c'est à ce dernier titre qu'il émet des règlements.

Par contre, reprenant la fameuse distinction du point de vue matériel et du point de vue formel, de nombreux auteurs ont refusé de reconnaître au règlement le caractère d'acte administratif au point de vue matériel, pour lui attribuer la nature législative.

Avant même de faire la critique de cette conception (2), on constate qu'elle apparaît dès l'abord comme inacceptable si l'on part de la notion de loi mise en lumière. En effet, le règlement n'a pas un caractère statutaire au sens précisé (3).

61. — Les règlements sont en réalité des actes de la fonction administrative, ainsi qu'il résulte nettement de la constitution. En effet, le fondement de la fonction administrative du chef de l'Etat se trouve dans l'article 1er, § 3, de l'acte constitutionnel n° 2, qui reproduit une disposition analogue à celle de l'article 3, alinéa 1er, *in fine*, de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Or, les auteurs qui refusent d'inclure les règlements dans la catégorie ordinaire des actes administratifs, déduisent eux-mêmes le pouvoir réglementaire de cette disposition.

Ainsi, on ne trouve dans la Constitution de 1875 qu'une formule unique pour tous les actes administratifs (4). Il en est de même dans l'acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940.

Les règlements sont donc des manifestations de la fonction administrative comme les actes individuels et spéciaux.

Il convient cependant de rechercher si cette conclusion, qui s'applique aux décrets réglementaires en général, n'est pas infirmée par l'existence des règlements d'administration publique et des décrets coloniaux, auxquels on a souvent attribué une nature spéciale.

---

(2) *Cf. infra*, nos 81 et ss.
(3) *Cf. supra*, nos 13 et ss.
(4) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, n° 191.

62. — Au XIXe siècle, la doctrine et la jurisprudence considéraient qu'il y a délégation législative « toutes les « fois qu'une loi remet au chef de l'Exécutif le pouvoir « d'édicter des règles qui ne se bornent pas à développer « dans leurs détails d'application les dispositions des lois « existantes » (5).

Dès avant le revirement qui s'est produit en 1907 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat (6), certains auteurs — en particulier Esmein (7), puis Berthélémy (8) — avaient réagi contre cette théorie, qui est aujourd'hui unanimement abandonnée. C'est maintenant un principe certain du droit public qu'un organe constitué ne peut disposer d'un pouvoir dont l'organe constituant ne lui a confié que l'exercice (9). Certes, il est regrettable que le Conseil d'Etat ait conservé l'expression de « délégation de pouvoirs », mais, ainsi que l'a souligné le Doyen Hauriou, l'essentiel est qu'il ait « tué » la thèse de la délégation législative en lui enlevant son principal intérêt pratique, qui était de « soustraire le règlement « d'administration publique au recours en lui conférant la « même nature que la loi, en en faisant un acte législatif, « tandis que, désormais, il sera entendu qu'il est un acte « administratif » (6).

A la vérité, le chef de l'Exécutif n'a nul besoin d'une délégation du Législatif pour exercer le pouvoir réglementaire, qu'il tient directement de la constitution et qui dérive d'ail-

---

(5) Rapporté par R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, p. 589.

(6) Conseil d'Etat 6 décembre 1907, Compagnies de chemins de fer (S. 1908, 3, 1, note M. Hauriou) (D. P. 1909, 3, 57).

(7) A. Esmein, *De la délégation du pouvoir législatif*, Revue politique et parlementaire, 1894, tome I, pp. 200-224.

(8) H. Berthélémy, *Le pouvoir règlementaire du Président de la République*, Revue politique et parlementaire, 1898, tome XV, pp. 5-15 et pp. 322-335.

(9) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, p. 592.
J. Barthélémy et P. Duez, *op. cit.*, p. 196.
J. Delvolvé, *op. cit.*, n° 38.
A. Pichat, *op. cit.*, p. 162.
M. Mignon, *op. cit.*, pp. 158 et ss.
J. Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France*, 1942, p. 35.

leurs de la nature même des choses. Le règlement est apte à s'exercer dans tous les domaines, à condition de respecter les lois en vigueur. Il n'y a aucune différence à cet égard entre les règlements d'administration publique et les règlements ordinaires, qui, les uns et les autres, ne présentent pas la caractéristique essentielle de la loi, celle d'émettre des dispositions statutaires. Carré de Malberg (10) observe qu'il ne subsiste entre eux, depuis 1907, qu'une différence de procédure : l'obligation de prendre l'avis du Conseil d'Etat lors de l'émission d'un règlement d'administration publique.

Etant donné qu'il n'existe pas de matières législatives par nature (11) et que la constitution n'a pas énuméré les objets réservés à l'organe législatif, l'habilitation donnée par celui-ci à l'Exécutif en vue de prendre des règlements d'administration publique ne s'analyse jamais en une délégation de puissance, mais seulement en une répartition de matières.

63 — Les décrets coloniaux se sont également vu refuser le caractère d'actes administratifs. On a exprimé cette idée en disant que le chef de l'Etat est le « législateur colonial ». Duguit (12) soutient qu'il a aux colonies le pouvoir législatif, attendu que, d'après cet auteur, les lois constitutionnelles ne s'appliqueraient pas aux colonies. Il explique le fait que le législateur de la métropole puisse néanmoins décider qu'une loi s'appliquera aux colonies, en disant que le pouvoir législatif du chef de l'Etat a pour base le sénatus-consulte du 3 mai 1854, c'est-à-dire un texte qui n'a actuellement que la valeur d'une loi ordinaire.

En réalité, les règlements coloniaux sont des actes administratifs, car ils n'ont pas la force propre aux lois. Ils ne peuvent toucher à celles qui sont applicables aux colonies.

Sans doute, le domaine respectif de la loi et du règlement n'est pas le même aux colonies que dans la métropole, mais

---

(10) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, n° 213.
(11) *Cf. supra*, n°s 49 et ss.
(12) L. Duguit, *op. cit.*, tome IV, § 46.

il n'y a pas plus de raisons de conférer de ce fait une nature spéciale aux règlements coloniaux, qu'il n'y a d'attribuer à cet égard une importance juridique à la variation continuelle de la répartition des matières législatives et réglementaires dans la métropole. A la vérité, la nature des actes demeure partout identique.

L'idée de délégation législative n'est pas non plus applicable, pour les raisons déjà exposées à propos des règlements d'administration publique. La jurisprudence est désormais fixée en ce sens (13).

En définitive, tous les règlements, quels qu'ils soient, rentrent dans la catégorie des actes administratifs. Les auteurs qui le nient ont adopté une conception des fonctions étatiques qui ne cadre pas avec le droit positif.

## § 2

## LE RÈGLEMENT RENFERME PAR DÉFINITION DES RÈGLES GÉNÉRALES

SOMMAIRE. — N° 64 : Signification de la généralité des règlements. — 65 : Nullité des décrets individuels non conformes aux règlements en vigueur.

64. — Il est à peine utile de noter ce caractère du règlement, qu'il comporte par définition même. Il convient toutefois d'observer que la règle qu'il édicte est générale sans être universelle et absolue. A vrai dire, elle est même plutôt impersonnelle que générale. Le règlement statue sans acception de personnes et peut donc valoir pour tout administré qui se trouve dans la situation qu'il prévoit. Par contre, le fait qu'un règlement ne s'applique pratiquement en aucun cas ne porte évidemment pas atteinte à son caractère de généralité.

---

(13) Conseil d'Etat, 29 mai 1908, Gouverneur général de l'A. O. F., Recueil Lebon, p. 576 et S. 1909, 3, 26.

Ce procédé de disposer par voie générale présente les avantages que l'on sait (1), ce qui explique qu'on ait voulu l'imposer également au législateur, qui n'a échappé à cette sujétion que grâce à sa primauté.

65. — Il résulte de ce caractère que tous les fonctionnaires et le chef de l'Etat lui-même doivent respecter les décrets réglementaires tant qu'ils ne sont pas abrogés. Serait donc entaché de nullité un décret individuel qui leur serait contraire (2).

Moreau cite un arrêt en date du 16 février 1833 de la Cour de Cassation qui taxe d'illégalité un règlement fait au profit d'un intérêt particulier. Il ajoute que la nécessité d'un but impersonnel est généralement admise (3). Il n'est donc pas sans intérêt d'affirmer la nécessité de ce caractère de généralité et de refuser en conséquence la qualité de règlement à un décret qui ne statuerait pas effectivement d'une manière impersonnelle.

Ces constatations valent également sous l'empire de l'acte constitutionnel n° 2. Si le chef de l'Etat peut, par la voie législative, déroger à titre particulier à des lois générales, tandis qu'il lui est impossible de prendre par décret individuel des décisions contraires aux règlements en vigueur, c'est parce que coexistent en lui deux qualités : celle d'organe législatif et celle d'autorité administrative.

## § 3

## LE RÈGLEMENT NE PEUT STATUER CONTRA LEGEM

SOMMAIRE. — N° 66 : Le principe de la légalité. — 67 : Inconstitutionnalité des règlements. — 68 : Conséquences du principe de la légalité quant à l'étendue de la compétence réglementaire. — 69 : Théorie jurisprudentielle de l'état de nécessité.

66. — La caractéristique essentielle du règlement est de ne pouvoir émettre des dispositions contraires aux

(1) *Cf. supra*, n° 55.

(2) R. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés....*, 1933, n°s 15 et 104.

(3) F. Moreau, *op. cit.*, p. 3, note 1.

lois existantes. Ce trait découle de la portée statutaire de la loi, dont les dispositions s'imposent à toutes les autorités étatiques autres que le législateur, par conséquent aux administrateurs et à leur chef suprême, le chef de l'Etat agissant dans l'exercice de sa fonction administrative.

Cela ne préjuge pas de la régularité des règlements *præter legem* (1). Il convient seulement d'affirmer pour l'instant que les règlements ne peuvent statuer *contra legem*.

En ce sens, le règlement se trouve dans une position de subordination vis-à-vis de la loi. Ce caractère fondamental a subsisté avec l'acte constitutionnel n° 2 : « En faisant au « moyen de décrets à la fois des lois et des règlements, le « chef de l'Etat n'établit pas un même genre de réglemen- « tation : il fait tantôt des réglementations initiales et incon- « ditionnées (dans les lois) et tantôt des réglementations « subordonnées (dans les règlements). » (2).

La confusion organique des pouvoirs n'a pas eu pour effet de détruire les limitations ainsi apportées à la compétence réglementaire du chef de l'Etat, car, précisément, l'acte constitutionnel n° 2 n'aurait pas eu besoin de lui attribuer l'exercice du pouvoir législatif s'il avait pu prendre toutes sortes de mesures par la voie réglementaire (3).

C'est l'application pure et simple du principe de la légalité, qui constitue la raison d'être de la fonction législative. Ce principe ne s'impose pas seulement aux particuliers, mais encore à l'Etat lui-même. C'est ainsi que la fonction administrative est subordonnée à la fonction législative (4).

Le principe de la légalité s'applique à tous les règlements, même aux règlements d'administration publique et aux décrets coloniaux, qui sont des actes administratifs comme les règlements ordinaires (5).

---

(1) *Cf. infra*, n° 88.
(2) R. Bonnard, *article cité*, pp. 357-358.
(3) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 260.
(4) R. Bonnard, *article cité*, pp. 337 et 338.
(5) *Cf. supra*, n°s 62 et 63.

De même, les dispositions des traités internationaux qui sont appelées à entrer en droit interne ne peuvent modifier la législation existante si l'organe législatif n'est pas intervenu (6).

67. — Les règlements doivent évidemment respecter aussi bien les lois constitutionnelles que les lois ordinaires.

Tandis que les tribunaux ne peuvent arrêter l'application d'une loi inconstitutionnelle (7), ils doivent contrôler la constitutionnalité des règlements. Le cas se serait présenté si un décret réglementaire avait fixé l'organisation et la compétence de la Cour suprême de Justice ou la procédure à suivre devant elle, étant donné que l'acte constitutionnel n° 5 du 30 juillet 1940, article 2, a réservé ces matières à la loi.

68. — Cette impossibilité juridique pour le règlement de stipuler *contra legem* implique qu'il ne peut empiéter sur le domaine législatif, tel qu'il découle, à un moment donné, de l'ensemble des textes ayant au moins la valeur de loi ordinaire. Les limitations ainsi apportées au pouvoir réglementaire peuvent résulter, soit de textes législatifs généraux, — tels l'article 4 du Code pénal et la disposition finale reproduite chaque année dans la loi de budget —, soit des lois existant sur des objets déterminés.

Finalement, le règlement ne peut intervenir *contra legem* que si un texte législatif le lui permet expressément, et encore faut-il observer que, même dans ce cas, il reste conforme à la loi d'habilitation. A la vérité, il n'existe donc pas d'exception à la règle.

69. — Toutefois, le Conseil d'Etat a forgé une théorie, dite de l'état de nécessité (8), selon laquelle le gouvernement pourrait, sous l'empire de nécessités impérieuses,

---

(6) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, n° 178.

(7) *Cf. supra*, n° 18.

(8) Voir sur cette question : R. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, 1926, pp. 271 et ss., et M. Poisot, *op. cit.*, pp. 25 à 40.

inhérentes notamment à l'état de guerre, suspendre l'application des lois dont l'exécution est incompatible avec le salut de l'Etat. Dans l'arrêt Heyriès (9), le Conseil d'Etat a invoqué à l'appui de sa thèse l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, qui donnait implicitement au chef de l'Etat le droit de prendre les mesures nécessaires pour assurer, même en temps de guerre, le fonctionnement régulier des services publics. Mais, observent justement MM. J. Barthélémy et P. Duez (10), dans cette théorie, « le pouvoir d'assu-« rer l'exécution des lois comporterait donc celui de les « violer. La contradiction éclate. Il est plus sage de renoncer « tout de suite à faire la théorie juridique de la nécessité « antijuridique. » Ces auteurs ajoutent que la théorie en cause est essentiellement politique et ne purge pas l'acte du vice d'illégalité (11).

Cette jurisprudence n'infirme donc pas nos conclusions antérieures. D'ailleurs, la Cour de Cassation n'a pas admis la validité des décrets de nécesssité (12).

§ 4

## LE CHEF DE L'ÉTAT EST INVESTI DE L'EXERCICE DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE GÉNÉRAL DANS L'ÉTAT

SOMMAIRE. — N° 70.

I. — *Le chef de l'Etat dispose de la plénitude du pouvoir réglementaire général dans l'Etat ;* fondement de ce pouvoir. — 71 : Portée de la formule « plénitude du pouvoir gouvernemental » insérée en tête de l'acte constitutionnel n° 2. — 72 : le chef de l'Etat a la réalité du pouvoir réglementaire.

II. — 73 : *Le chef de l'Etat dispose de l'exclusivité du pouvoir réglementaire général dans l'Etat.*

70. — Au premier abord, il semble superflu d'affirmer que le chef de l'Etat dispose de la plénitude et de l'exclusivité du pouvoir réglementaire général dans l'Etat.

---

(9) Conseil d'Etat, 28 juin 1918, Heyriès (S. 1922, 3, 49, note M. Hauriou).

(10) J. Barthélémy et P. Duez, *op. cit.*, p. 244.

(11) *Ibid.*, p. 245.

(12) Cass. crim., 3 novembre 1917, Réault (S. 1917, 1, 145 et la note de M. J. A. Roux).

Toutefois, cette assertion conduit à rechercher, d'une part, le fondement de ce pouvoir — et, partant, sa possibilité d'extension — et, d'autre part, si d'autres organes disposent dans l'Etat d'un pouvoir analogue.

## I. — LE CHEF DE L'ETAT DISPOSE DE LA PLÉNITUDE DU POUVOIR REGLEMENTAIRE GENERAL

Dans la conception du règlement « acte administratif », il est aisé de trouver un fondement juridique au pouvoir réglementaire du chef de l'Etat. En effet, l'article 1er, § 3, de l'acte constitutionnel n° 2, qui le charge d'assurer « l'exécution » des lois, lui attribue par là même la fonction administrative.

D'ailleurs, ainsi que le remarque le Doyen R. Bonnard (1), à défaut d'un tel texte, le chef de l'Etat serait néanmoins investi du pouvoir réglementaire en vertu du principe qu'il est « le titulaire normal de la fonction administrative », même en régime de confusion organique des pouvoirs législatif et réglementaire. De même, le Professeur L. Rolland (2) a dit, sous l'empire de la Constitution de 1875, que le Président de la République peut tenir son pouvoir aussi bien de sa mission générale d'assurer la marche des services publics, que de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ou de lois spéciales d'habilitation.

71. — Au surplus, il convient de se demander si le pouvoir réglementaire dont le nouveau chef de l'Etat a hérité du Président de la République, n'a pas une base renforcée dans l'acte constitutionnel n° 2.

En effet, ce texte commence par affirmer que le chef de l'Etat a « la plénitude du pouvoir gouvernemental ». Ainsi

(1) R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, 1943, p. 284.
(2) L. Rolland, *article cité*, p. 543.

que l'observe le Professeur J. Laferrière (3), c'est là une expression nouvelle qui comporte « quelque chose de sensi- « blement plus large que le pouvoir exécutif ».

Il est vrai que ce juriste ne voit dans le « pouvoir gouvernemental » qu'une notion d'ordre politique ; il ajoute que les auteurs de droit administratif opposent dans la théorie des « actes de gouvernement » la fonction administrative et la fonction gouvernementale, celle-ci touchant davantage à la politique.

Toutefois, sans aller jusqu'à voir dans cette disposition liminaire de l'acte constitutionnel n° 2 la création d'une nouvelle fonction juridique, nous ne croyons pas devoir suivre jusqu'au bout M. J. Laferrière, qui lui refuse toute portée juridique.

D'abord, cet auteur reconnaît (4) la « fragilité juridique » de la distinction des actes de gouvernement et des actes administratifs et constate que, « malgré tous les efforts « employés, on n'a jamais pu établir que les actes rangés « dans cette rubrique [des actes de gouvernement] soient « d'une autre qualité juridique que les actes administratifs ».

En outre, l'esprit du régime de 1940 est différent de celui de 1875. Celui-ci tendait à assurer la primauté du Parlement, tandis que le régime actuel, qui est à base autoritaire, veut conférer au gouvernement un pouvoir véritablement « gouvernemental ».

Dans ces conditions, l'article 1er, § 3, de l'acte constitutionnel n° 2 — qui reprend la formule dans laquelle on voyait antérieurement la source constitutionnelle du pouvoir réglementaire — doit s'interpréter en tenant compte du principe général posé en tête du § 1er.

C'est en ce sens que l'on peut affirmer que le pouvoir réglementaire du chef de l'Etat a, depuis 1940, une base élargie. A plus forte raison doit-on reconnaître à celui-ci comme au Président de la République la plénitude de ce pouvoir.

---

(3) J. Laferrière, *op. cit.*, pp. 74-75.
(4) *Ibid.*, p. 77, note 1.

72. — On peut ajouter qu'il en a la « réalité », tandis que le Président de la République ne pouvait l'exercer que dans les conditions voulues ou, tout au moins, acceptées par les ministres. Or, l'alinéa final de l'article 3 de la loi du 25 février 1875, qui prévoyait la nécessité du contreseing ministériel, a été abrogé implicitement, vu la disparition du régime parlementaire, par la formule générale de l'article 2 de l'acte constitutionnel n° 2 (5). Si le contreseing a subsisté dans la pratique, ce n'est qu'avec une signification différente et une importance moindre. Depuis 1940, il sert seulement à indiquer le secrétaire d'Etat qui a pris l'initiative de la mesure et qui est responsable de son exécution devant le chef de l'Etat (6).

Il convient d'observer enfin que l'exercice du pouvoir réglementaire se trouve encore facilité par la confusion organique des pouvoirs, attendu que c'est le chef de l'Etat lui-même qui fixe, par ses propres lois, l'étendue du domaine abandonné aux règlements.

## II. — LE CHEF DE L'ETAT DISPOSE DE L'EXCLUSIVITÉ DU POUVOIR REGLEMENTAIRE GENERAL DANS L'ETAT.

73. — Il existe dans l'Etat de nombreux organes qui sont investis d'un pouvoir réglementaire général. Ce sont notamment, d'une part les secrétaires d'Etat et, d'autre part, les préfets et les maires en leur qualité d'agents de l'Etat. Toutefois, ce pouvoir ne leur appartient que dans les limites fixées par des textes formels. Aussi, Moreau (7) a pu dire que la plénitude du pouvoir réglementaire ne se trouve que chez le Président de la République et que les dérogations à cette règle ne doivent être interprétées que restrictivement.

---

(5) J. Laferrière, *op. cit.*, p. 94.
(6) *Ibid.*, pp. 93 et ss.
G. Burdeau, *op. cit.*, p. 238.
(7) F. Moreau, *op. cit.*, p. 125.

Les secrétaires d'Etat disposent normalement d'un pouvoir réglementaire organique en vue de l'organisation interne de leurs services — et encore à condition que la matière ne leur ait pas été soustraite par une loi ou un décret réglementaire. Par contre, le pouvoir réglementaire général ne leur appartient qu'à titre exceptionnel et en vertu de textes spéciaux (8).

Un texte de portée générale — la loi du 27 juillet 1940, modifiée par des lois postérieures — a bien réservé en principe aux secrétaires d'Etat tous les actes administratifs *individuels*, mais, de même qu'auparavant, il n'existe aucun texte qui confère aux secrétaires d'Etat un pouvoir réglementaire en termes généraux.

Sans doute de nombreuses lois prévoient depuis 1940 que leurs conditions d'application seront fixées par arrêtés ministériels ou interministériels, mais, si les exceptions de ce genre sont de plus en plus nombreuses, elles n'en demeurent pas moins subordonnées à une habilitation particulière. Le fait que des arrêtés soient toujours intervenus spontanément pour assurer l'exécution des lois est juridiquement difficile à justifier (9), du moins si on méconnaît (10) la valeur juridique de la « coutume constitutionnelle » que certains auteurs (11) ont découverte dans cette pratique répétée.

Le chef de l'Etat est donc le seul organe dont le pouvoir réglementaire a pour base un texte de portée vraiment générale, qui a de plus une valeur constitutionnelle.

C'est en ce sens qu'on peut dire qu'il dispose de l'exclusivité du pouvoir réglementaire général dans l'Etat.

---

(8) J. Barthélémy et P. Duez, *op. cit.*, pp. 772 et 773.
(9) F. Moreau, *op. cit.*, p. 388.
(10) *Cf. supra*, n° 53.
(11) M. Réglade, *op. cit.*, pp. 224 et 225.

## § 5

### IL EST NÉCESSAIRE QUE LE CHEF DE L'ÉTAT N'AIT PAS MANIFESTÉ SA VOLONTÉ D'EXERCER LE POUVOIR LÉGISLATIF.

SOMMAIRE. — N° 74 : Caractère purement négatif de cet élément de forme. — 75 : La question de l'existence des arrêtés réglementaires du chef de l'Etat. — 76 : Distinction entre l'existence et la légalité des règlements.

74 — Le décret réglementaire est ainsi l'acte administratif du chef de l'Etat qui a pour caractéristique de contenir des dispositions générales soumises au respect des lois existantes. Mais, ces traits doivent être complétés par un élément supplémentaire de forme en raison de la confusion organique des pouvoirs législatif et réglementaire.

Il est inutile de rappeler la situation créée à cet égard par l'acte constitutionnel n° 2 et de souligner à nouveau qu'il faut, par suite, se référer à la volonté de l'auteur commun de la loi et du règlement (1).

Etant donné que le chef de l'Etat doit manifester sa volonté d'émettre une loi lorsqu'il veut conférer à l'un de ses actes une portée législative, il y a lieu d'attribuer le caractère réglementaire à ceux de ses actes généraux qui ne portent pas le signe d'une telle volonté.

C'est là, il est vrai, plutôt un élément négatif de la définition du règlement, mais il n'en a pas moins une base formelle puisqu'il consiste dans l'absence d'une forme déterminée et, par conséquent, dans l'existence de toute autre forme.

75. — Toutefois, pour que cet élément de forme suffise à déceler la présence d'un décret réglementaire, il faut que tous les actes réglementaires du chef de l'Etat soient des décrets. Ainsi se pose la question de l'existence des arrêtés réglementaires du chef de l'Etat.

---

(1) *Cf. supra*, n°s 30 et 31.

Le *Journal officiel* du 30 juillet 1940 (p. 4.594) publie sous le titre de la Présidence du Conseil un « arrêté » en date du 28 juillet 1940 par lequel le chef de l'Etat institue un service des prisonniers de guerre. Cet acte ne comporte pas de contreseing. Il importe de savoir s'il est vraiment un arrêté, c'est-à-dire un règlement d'une force inférieure à celle des décrets réglementaires. La question n'est pas purement théorique, car, si le service est transféré à un secrétaire d'Etat, il faudra savoir si celui-ci pourra modifier ou abroger ledit acte par simple arrêté ministériel ou si un décret sera nécessaire.

Il apparaît qu'il y a eu erreur de terminologie. En effet, la loi du 12 juillet 1940 (2) visée par cet acte prévoit que les questions concernant les anciens combattants seront rattachées au ministère de la Défense Nationale et que les transferts de services et de crédits consécutifs à cette organisation seront réalisés par *décret*.

D'autre part, il ne faut pas s'attacher au fait que l'acte en cause ne comporte pas de contreseing, car l'acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940 n'exige plus cette formalité comme la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (3). Sans doute, la plupart des décrets du chef de l'Etat sont contresignés, mais, ne s'agissant plus d'une obligation constitutionnelle, un décret non contresigné — le cas s'est présenté — n'en serait pas moins valable.

A la vérité, dans notre droit public tous les actes du chef de l'Etat sont qualifiés de décrets et ce qualificatif n'est pas vide de sens : il implique que l'acte a une puissance déterminée, celle qui appartient en propre au chef de l'Etat, tandis que le terme générique d'arrêté révèle l'existence d'un acte de puissance moindre en raison du rang de son auteur dans la hiérarchie des organes étatiques. On ne saurait donc concevoir qu'il existe des actes du chef de l'Etat qui soient

(2) Loi du 12 juillet 1940 relative à la composition du Gouvernement (J. O. du 13 juillet 1940, p. 4541).
(3) *Cf. supra*, n° 72.

de force différente. Il n'y a pas lieu de s'arrêter au fait que la formule actuelle de promulgation des lois continue à parler de « décrets », car il ne s'agit là que d'une survivance dans l'utilisation de ce terme : les actes émis par le chef de l'Etat en vertu de l'article 1er, § 2, de l'acte constitutionnel n° 2 sont juridiquement des lois (4).

76. — Ainsi, tous les actes règlementaires du chef de l'Etat sont de nature identique et l'élément de forme proposé est à la fois nécessaire et suffisant pour révéler leur existence.

On peut néanmoins imaginer une objection à cette thèse, car, *a priori*, le critérium formel ne semble pouvoir s'appliquer qu'aux actes les plus élevés dans la hiérarchie des actes étatiques. En effet, si l'on adopte un critérium formel pour les règlements, on est conduit à voir des décrets règlementaires dans tous les actes du chef de l'Etat pris en forme de règlement, ou, plus exactement, dans tous ses actes impersonnels ne portant pas la marque de sa volonté législative. Or, il est possible que de tels actes soient contraires aux lois. Mais, en réalité, il y a en l'espèce des règlements tout de même. Seulement, ils sont illégaux avec toutes les conséquences de droit.

En effet, il ne faut pas confondre la question d'existence et celle de légalité ou de constitutionnalité. Un règlement illégal ou inconstitutionnel sera néanmoins appliqué si l'administré qui se le voit opposer n'en demande pas l'annulation ou n'invoque pas l'exception d'illégalité. Bien plus, un jugement qui omettrait de soulever l'illégalité n'en aurait pas moins l'autorité de la chose jugée.

Donc, de même qu'une loi inconstitutionnelle demeure une loi, un règlement illégal subsiste comme règlement tant qu'il n'est pas annulé *erga omnes* par le Conseil d'Etat. Il faut précisément affirmer son caractère de décret règlemen-

---

(4) *Cf. supra*, n° 25, *in fine*.

taire, afin de pouvoir le soumettre à un contrôle juridictionnel, étant donné que les lois du chef de l'Etat sont exemptes d'un tel contrôle.

On pourrait peut-être rétorquer maintenant que l'existence de l'élément formel ainsi mis en relief, rend superflus les autres éléments de la définition proposée. Mais, celle-ci serait incomplète si elle ne donnait pas les caractéristiques de fond du décret règlementaire. Au surplus, il est prématuré de déterminer lesquels, parmi les différents éléments de la définition retenue, fourniront le critérium de la distion de la loi et du règlement.

## Section II

## LES ÉLÉMENTS DE LA DÉFINITION PROPOSÉE SONT SUFFISANTS

77. — Nous avons défini le décret règlementaire l'acte administratif qui renferme des dispositions générales soumises au respect des lois en vigueur et est émis par le chef de l'Etat dans une forme ne révélant pas sa volonté d'agir dans l'exercice de son pouvoir législatif.

Toutefois, des auteurs ont eu d'autres conceptions qui ne sont pas impliquées par cette définition. Celle-ci ne sera donc suffisante, et par conséquent acceptable, que s'il est établi que ces différentes conceptions ne cadrent pas avec le droit positif.

Il n'est vraiment utile d'examiner que les plus caractérisques d'entre elles, à savoir : la conception du règlement « collection des détails » ; la conception organique ; celle qui voit dans le règlement une loi matérielle ; celle qui le ramène à un acte de pure exécution des lois ; enfin, la conception selon laquelle il existerait des matières règlementaires par nature.

§ 1er

## LE CONCEPT DU RÈGLEMENT « COLLECTION DES DÉTAILS »

78. — La doctrine qui présentait autrefois la loi comme la « formule des principes » (1), considérait par opposition le règlement comme la « collection des détails ».

Or, si la loi a la faculté de prévoir des dispositions de détail, le règlement peut, de son côté, poser des principes, à la seule condition, suffisante au point de vue juridique, de respecter les lois existantes.

En outre, au point de vue rationnel, on conçoit aisément qu'un acte qui statue par voie générale renferme inévitablement des principes.

Enfin, au point de vue pratique, les raisons de l'existence des règlements impliquent qu'ils ne se bornent pas à donner les détails d'application de la loi. La discrimination entre le « principe » et le « détail » est d'ailleurs difficile à opérer.

§ 2

## LE CONCEPT ORGANIQUE DU RÈGLEMENT

SOMMAIRE. — N° 79 : Conséquence de la confusion organique des pouvoirs législatif et réglementaire. — 80 : Raisons pour lesquelles le chef de l'Etat ne peut anéantir le domaine de son pouvoir réglementaire.

79. — L'élimination du concept organique paraît de prime abord aussi évidente pour le règlement que pour la loi, en raison du même motif de la confusion organique des fonctions législative et règlementaire.

Toutefois, attendu que cette situation n'empêche pas le chef de l'Etat d'édicter néanmoins de véritables lois, il convient de rechercher si, par contre, elle n'aurait pas pour effet de placer tous les actes du chef de l'Etat au rang de

(1) *Cf. supra*, n° 33.

lois, grâce à la qualité d'organe législatif de leur auteur. En d'autres termes, le chef de l'Etat peut-il réduire à néant le domaine d'exercice de son pouvoir règlementaire en conférant à tous ses actes la force de lois ?

*A priori*, c'est juridiquement concevable, car le pouvoir législatif du chef de l'Etat n'a reçu aucune limitation et a donc vocation à s'exercer dans tous les domaines. En outre, c'est pratiquement réalisable, puisque le chef de l'Etat peut fort bien s'abstenir totalement de prendre des décrets règlementaires, tandis que le Parlement ne pouvait empêcher le Président de la République d'édicter des règlements, même en prévoyant dans ses lois des dispositions aussi détaillées que possible.

80. — En pratique, on ne voit pas l'intérêt que le chef de l'Etat aurait à agir de la sorte puisqu'il cumule les fonctions législative et règlementaire. Bien au contraire, il se créerait ainsi lui-même des difficultés pour la période où il ne détiendra plus le pouvoir législatif, du moins dans sa plénitude.

Il importe cependant d'envisager la question sous l'angle juridique, afin de déterminer si l'élimination du concept organique n'a pas rendu impossible toute distinction entre la loi et le règlement.

A la vérité, l'acte constitutionnel n° 2 a entendu expressément maintenir une distinction qui est conforme aux traditions de notre droit public et qui n'est pas inconciliable avec un régime de concentration des pouvoirs. En effet, il ne s'est pas contenté d'attribuer au chef de l'Etat l'exercice du pouvoir législatif : il a cru devoir en outre reprendre dans son article 1er, § 3, la formule qui constituait antérieurement la source constitutionnelle du pouvoir règlementaire du Président de la République.

Cette conclusion se trouve d'ailleurs confirmée par la législation postérieure à juillet 1940 et il est inutile d'insister sur ce point.

## § 3

### LE CONCEPT DU RÈGLEMENT « LOI MATÉRIELLE »

SOMMAIRE. — N° 81 : Conception des Doyens Duguit et R. Bonnard. — 82 : Réfutation sur le terrain du droit positif. — 83 : Absence d'intérêts pratiques. — 84 : Difficulté de trouver dans cette thèse un fondement juridique au pouvoir réglementaire.

81. — Selon le Doyen Duguit (1), les règlements sont des lois matérielles (2). D'une manière générale, les auteurs qui définissent la loi par le caractère de son contenu, sont naturellement contraints de reconnaître aux règlements la nature législative (3).

Le Doyen R. Bonnard (4) dit notamment : « Si on définit « l'acte législatif par ce seul caractère d'être un acte de « règlementation par voie générale et impersonnelle, le « règlement est un acte législatif au point de vue matériel, « car, comme la loi, il contient des dispositions par voie « générale et impersonnelle. »

82. — Mais, précisément, si l'on reste sur le terrain du droit positif, la loi est caractérisée par la puissance qui lui est propre (5) et non par son contenu (6).

Il est superflu de rappeler que le règlement ne peut à cet égard être considéré comme un acte législatif (7).

Le point de départ de l'erreur de Duguit se trouve donc dans sa conception de la loi. A vrai dire, cet auteur se place en un certain sens en dehors du droit, ou, tout au moins, en dehors de la constitution.

---

(1) L. Duguit, *op. cit.*, tome II, § 20.
(2) Dans le même sens, J. Delvolvé, *op. cit.*, n° 78.
(3) Voir l'analyse de cette thèse dans R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, n° 188.
(4) R. Bonnard, *op. cit.*, p. 281.
(5) *Cf. supra*, n°s 10 et ss.
(6) *Cf. supra*, n°s 37 et ss., n°s 40 et ss. et n°s 49 et ss.
(7) *Cf. supra*, n° 19.

83. — Ce qu'il importe en réalité de déterminer, c'est si cette discussion présente des intérêts pratiques. Duguit a prévu l'objection et s'efforce d'en découvrir à sa théorie.

Il trouve d'abord un intérêt pratique à affirmer le caractère législatif du règlement dans le fait que, selon cette conception, le pouvoir règlementaire ne peut exister, en principe, dans un pays de séparation des pouvoirs, que dans les cas formellement prévus par la constitution. Mais, il doit reconnaître aussitôt qu'en fait le pouvoir règlementaire prend une extension plus grande sous l'empire des nécessités.

En second lieu, dans les pays comme le nôtre qui admettent la séparation des tribunaux administratifs et des tribunaux judiciaires, ceux-ci ne peuvent interpréter un acte administratif. Il y aurait donc intérêt à considérer les règlements comme des actes législatifs, car c'est ce qui expliquerait — la jurisprudence l'a de fait admis (8) — que les tribunaux judiciaires puissent les interpréter.

Toutefois, le Professeur J. Appleton (9) estime à juste titre qu'il faut attribuer un autre fondement à cette jurisprudence. En effet, si les actes règlementaires « participent du caractère de la loi » — selon les termes de la Cour de Cassation —, les tribunaux ne peuvent refuser de les appliquer pour illégalité, puisque les actes législatifs échappent à tout contrôle juridictionnel. Il est vrai — ainsi que l'ajoute M. J. Appleton — que les tribunaux n'ont pas davantage ce pouvoir si le règlement est un acte administratif, vu le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires.

En réalité, ce pouvoir de contrôle des tribunaux judiciaires constitue une dérogation au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires strictement entendu. Il n'y a pas lieu de s'en formaliser, car le principe

---

(8) Cass. Req. 10 janvier 1921, Dagot (D. P. 1921, 1, 49).

(9) J. Appleton, Note sous l'arrêt précité.
J. Appleton, *Traité élémentaire du contentieux administratif*, 1927, pp. 108 et ss.

de la séparation des pouvoirs ne doit pas être compris dans un sens trop étroitement fonctionnel mais plutôt dans un sens politique (9). C'est d'ailleurs le seul moyen d'éviter une multitude de questions préjudicielles.

Finalement, il n'existe aucun intérêt, sur le terrain du droit positif, à attribuer au règlement la nature de loi au point de vue matériel.

84. — Il convient d'ajouter que, dans cette conception, la question du fondement du pouvoir règlementaire suscite davantage de difficultés que dans celle adoptée. En effet, si on attribue la nature législative au règlement, on ne peut trouver ce fondement, sous un régime de séparation des pouvoirs, que dans une délégation législative ou dans la coutume constitutionnelle (10). Or, d'une part, la délégation législative est inconstitutionnelle et contraire aux principes du droit public (11), et, d'autre part, la « coutume constitutionnelle » n'a aucune force juridique (12).

Il est vrai que la séparation des pouvoirs législatif et règlementaire n'existe plus depuis 1940. Aussi, on peut considérer avec le Doyen R. Bonnard (13) que, « si le chef de l'Etat « est investi du pouvoir de faire ces règlementations initiales « et inconditionnées que sont les lois, à plus forte raison « peut-il faire les règlementations subordonnées aux lois « qui constituent les règlements. »

L'observation méritait néanmoins d'être faite en raison de l'élément qu'elle apporte dans la critique de la théorie envisagée.

---

(10) R. Bonnard, *op. cit.*, pp. 284 et ss.
G. Scelle, *op. cit.*, pp. 213 et ss.
(11) *Cf. supra*, n° 62.
(12) *Cf. supra*, n° 53.
(13) R. Bonnard, *op. cit.*, p. 286.

## § 4

## LE CONCEPT DU RÈGLEMENT « ACTE DE PURE EXÉCUTION DES LOIS »

SOMMAIRE. — N° 85 : Théorie de Carré de Malberg des règlements *secundum legem*. — 86 : Réfutation; les règlements de police. — 87 : Les règlements relatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics. — 88 : Validité des règlements *præter legem* qui ne statuent pas *contra legem*. — 89 : Limites au champ d'action des règlements *præter legem*. — 90 : Intérêt actuel de la question.

85. — La définition proposée du décret règlementaire implique, quant à l'étendue de sa subordination vis-à-vis de la loi, qu'il suffit qu'il n'agisse pas *contra legem*.

Cependant, Carré de Malberg estime que cette condition n'est pas suffisante. D'après cet éminent juriste, tous les règlements sans distinction présupposent une loi qu'ils exécutent (1). Prenant pour base l'article 3, alinéa 1er, *in fine*, de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, il ne voit dans le pouvoir « exécutif » qu'un subordonné du législateur strictement confiné dans l'exécution des lois (2). Tout règlement doit en conséquence pouvoir invoquer la loi en vertu de laquelle il est fait (3).

En bref, l'administration ne peut s'exercer que sous l'empire des lois. Elle doit se maintenir *intra legem* et ne peut s'exercer que *secundum legem* (4).

86. — Cette conception n'a pas été suivie par la jurisprudence du Conseil d'Etat, ni par la doctrine, du moins en ce qui concerne les règlements de police et les règlements relatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics.

---

(1) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, n° 209.
(2) *Ibid.*, p. 360.
(3) R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, 1931, pp. 40 et 41.
R. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés...*, 1933, n° 88.
(4) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, n° 163.

En ce qui concerne les règlements de police, le Conseil d'Etat a notamment pris position dans l'arrêt Labonne (5), où il reconnaît au chef de l'Etat le droit de prendre par décrets spontanés des mesures de police sur l'ensemble du territoire.

Sans doute, Carré de Malberg (6) a invoqué l'absence de texte conférant au Président de la République un pouvoir de police générale, mais il est dans la nature même des choses que le chef de l'Etat ait la possibilité d'assurer l'ordre public. Le Professeur J. Barthélémy (7) dit à propos de la réglementation des droits individuels que, l'Exécutif ayant pour mission essentielle de maintenir l'ordre, « dans « le silence de la loi, il lui appartiendra de prendre, par voie « réglementaire, les dispositions nécessaires pour empêcher « l'existence d'une liberté de devenir nuisible... ».

Cela ne va nullement à l'encontre du caractère statutaire de la loi, puisque le règlement autonome de police ne peut statuer *contra legem* et que le dernier mot reste à la loi si le législateur s'approprie la matière réglementée.

87. — La jurisprudence reconnaît en outre au chef de l'Etat le droit de réglementer spontanément, en vertu de « pouvoirs propres », l'organisation et le fonctionnement des services publics (8).

Là encore, Carré de Malberg (9) ni cette possibilité, mais, en abordant le problème, il doit reconnaître qu'il est délicat en raison de la nécessité de concilier deux principes : réduire la fonction administrative à un simple pouvoir exécutif et accorder néanmoins au chef de l'Etat les moyens d'assurer l'exécution des lois.

Précisément, une partie de la doctrine rattache ces « pouvoirs propres » à la mission générale d'exécution des lois.

---

(5) Conseil d'Etat, 8 août 1919, Labonne (S. 1924, 3, 46).
(6) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, n° 219.
(7) J. Barthélémy, *op. cit.*, pp. 60 et 61.
(8) *Cf. infra*, n° 89.
(9) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, n$^{os}$ 220 et ss.

Toutefois, le Professeur A. Mestre (10) observe que cette explication est insuffisante pour justifier la création de services nouveaux par décret réglementaire.

Aussi, d'autres auteurs — notamment le Doyen Duguit (11), le Professeur M. Réglade (12) et le Professeur L. Rolland (13) — invoquent l'existence d'une « coutume constitutionnelle », à laquelle nous avons par contre refusé toute force juridique (14). En tout cas, cette « coutume constitutionnelle » n'empêche pas l'organe législatif de s'approprier la matière et, ainsi que l'observe M. A. Mestre (10), M. M. Réglade (15) doit étayer cette coutume sur la nécessité de pourvoir au bon fonctionnement des services publics ; il donne ainsi une explication surabondante, qui se ramène en somme à celle dont le Professeur A. Mestre montre l'insuffisance.

88. — Etant donné que certains règlements, dont la régularité est cependant incontestée, ne peuvent trouver un fondement juridique dans la conception de Carré de Malberg, il convient d'admettre d'une manière générale que le pouvoir réglementaire ne se ramène pas à la pure exécution des lois et que les règlements peuvent statuer *præter legem.*

Dans l'arrêt Sellier du 5 décembre 1941 (10), le Conseil d'Etat a confirmé ce point de vue. Ainsi que le remarque M. A. Mestre dans la note publiée sous cet arrêt, le chef de l'Etat, en mettant, par décret du 28 novembre 1938, en état de réquisition l'ensemble des agents et ouvriers des services publics, n'a procédé à aucun acte susceptible d'être considéré comme l'exécution d'une loi, puisque la procédure de réquisition par décret ne figure pas dans les prévisions des lois

---

(10) A. Mestre, note au S. 1942, 3, 25 (Conseil d'Etat, 5 décembre 1941, Sellier).
(11) L. Duguit, *op. cit.*, tome IV, pp. 719 et ss.
(12) M. Réglade, *op. cit.*, pp. 188 et ss.
(13) L. Rolland, *Précis de droit administratif*, 1943, pp. 155, 157 et 158.
(14) *Cf. supra*, n° 53.
(15) M. Réglade, *op. cit.*, pp. 215 et 248.

en vigueur en la matière. Et l'éminent professeur de conclure : « Sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875, « la jurisprudence du Conseil d'Etat, dont l'arrêt Sellier « apparaît comme l'une des plus hardies manifestations, « refusait de reléguer le chef de l'Etat dans la stricte exé- « cution des lois. Les mêmes raisons s'imposent à plus forte « raison aujourd'hui où, l'irresponsabilité constitutionnelle « ayant cessé, le titre de chef de l'Etat n'est plus un titre « vide. » On peut ajouter que la disposition liminaire de l'acte constitutionnel n° 2, qui attribue au chef de l'Etat « la plénitude du pouvoir gouvernemental », renforce cette conclusion (16).

Sans doute, Carré de Malberg (17) estime que, ni l'Exécutif, ni l'autorité juridictionnelle, ne peuvent s'écarter de la loi, mais il doit néanmoins reconnaître (18) que « la fonc- « tion juridictionnelle, tout en étant assurément subor- « donnée aux lois, comporte pour le juge une certaine « sphère de liberté, à l'intérieur de laquelle il appartient à « celui-ci de dire, d'une façon initiale et autonome, du droit « reposant sur sa propre puissance ».

De même, l'Exécutif a un pouvoir de réglementation autonome tant que la loi n'est pas venue couper court à ses initiatives. Certes, il s'agit de décisions d'espèce dans le premier cas et de réglementations générales dans le second, mais, vu les raisons impérieuses de l'existence des règlements, il n'y a pas lieu de s'arrêter à cette objection.

La portée statutaire de la loi ne fait donc pas davantage obstacle au pouvoir de l'Exécutif de prendre des règlements autonomes dans le silence des lois, qu'au pouvoir de l'autorité juridictionnelle de créer du droit nouveau au cas d'insuffisance de la loi.

---

(16) *Cf. supra*, n° 71.

(17) R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, 1931, Chap. II, n° 14.

(18) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, p. 707.

D'autres auteurs — tels Moreau (19), G. Cahen (20) et J. Delvolvé (21) — se sont prononcés dans le même sens et le Doyen R. Bonnard (22) s'appuie sur la formule « plénitude du pouvoir gouvernemental » pour dire que « le pouvoir « normal du chef de l'Etat dépasse la pure exécution des « lois et comprend des actes accomplis en dehors des lois ».

Finalement, la situation se présente ainsi pour les règlements autonomes : ou ils statuent *contra legem* et alors ils sont susceptibles d'un contrôle juridictionnel par la voie directe du recours pour excès de pouvoir ou la voie indirecte de l'exception d'illégalité ; ou ils ne portent aucune atteinte aux lois existantes et alors ils peuvent être appliqués sans risquer une critique contentieuse, du moins tant qu'ils n'ont pas été supplantés par la loi. Soutenir le contraire serait admettre qu'il existe des matières réservées à la loi avant même qu'elle se les soit appropriées ou que la constitution les lui ait attribuées. Or, il n'existe pas de matières législatives par nature (23).

89. — Toutefois, il n'y a pas lieu de craindre qu'un tel pouvoir soit trop étendu. En effet, indépendamment des lois qui se sont approprié une foule de matières et de quelques dispositions constitutionnelles, il existe des lois de portée immense qui restreignent considérablement la possibilité d'exercice de ce pouvoir de réglementation autonome, telles : l'article 4 du Code pénal, les lois sur la liberté individuelle et sur le droit de propriété, la disposition finale des lois de budget, la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, etc... En outre, l'organe législatif a toujours la faculté d'allonger cette liste.

De deux choses l'une : ou le règlement touche à une matière ancienne, et alors il suffit qu'il ne contrevienne à

---

(19) F. Moreau, *op. cit.*, p. 129, pp. 164 et ss.
(20) G. Cahen, *op. cit.*, pp. 310 et ss.
(21) J. Delvolvé, *op. cit.*, n° 100.
(22) Cité par A. Leriche, *op. cit.*, p. 128.
(23) *Cf. supra*, n°s 49 et ss.

aucune loi ; ou il porte sur un objet nouveau et alors on objecte qu'il n'est pas de ce fait entièrement libre de statuer à titre initial. M. R. Alibert (24) en particulier dit qu'il ne peut porter atteinte aux droits et facultés reconnus aux citoyens, mais ce n'est évidemment pas contestable, attendu que ces droits sont fixés par la loi ou des dispositions constitutionnelles ramenées au rang de loi ordinaire.

Cet auteur dit encore que le règlement ne peut créer un service nouveau ou une fonction risquant d'empiéter sur les services organisés par des lois, mais cela tient au fait qu'il y aurait ainsi atteinte indirecte à des lois et n'infirme donc pas la théorie préconisée. C'est dans ces conditions que le Conseil d'Etat (25) a pu, à juste titre, reconnaître la légalité des décrets portant création des conseils du travail, attendu que ces organismes n'étaient pas investis d'un pouvoir propre de décision et n'allaient pas à l'encontre de la législation du travail.

D'ailleurs, une création de service par décret peut se heurter en pratique à l'impossibilité d'ouvrir des crédits sans intervention législative.

Il n'y a donc lieu de craindre à aucun égard que l'Exécutif abuse de son pouvoir de réglementation autonome.

De tout ce qui précède, il ressort en définitive que les règlements, s'ils sont soumis à une condition de légalité qui limite considérablement dans la pratique leur pouvoir de statuer *præter legem*, n'en sont pas moins en principe titulaires de ce pouvoir.

90. — La question peut sembler dénuée d'intérêt à l'heure actuelle, où le chef de l'Etat a toujours la faculté de réglementer par la voie législative des matières qui ne rentrent pas sans contestation dans le domaine de son pouvoir réglementaire.

---

(24) R. Alibert, *op. cit.*, pp. 195 et ss.

(25) Conseil d'Etat, 19 février 1904, Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemins de fer et tramways (Recueil Lebon, p. 133 et S. 1906, 3, 75).

Toutefois, s'il peut prendre indifféremment par loi ou par règlement des dispositions demeurées jusque-là dans la compétence du pouvoir réglementaire, il ne peut, à l'inverse, statuer par simple décret réglementaire sur des matières incluses dans le domaine législatif.

## § 5

## LE CONCEPT SELON LEQUEL IL EXISTERAIT DES MATIÈRES RÉGLEMENTAIRES PAR NATURE

SOMMAIRE. — N° 91 : Enumération de Mlle A. Pichat. — 92 : Critique.

91. — Les auteurs qui admettent l'existence de matières législatives par nature (1) sont évidemment amenés à constater qu'il y a de même des matières réglementaires par nature.

C'est ainsi que Mlle A. Pichat (2) considère comme matières exécutives par leur nature : d'une part, les règlements de police ; d'autre part, « l'organisation des services « publics et les conditions de leur fonctionnement qui ne « touchent pas aux droits des tiers, notamment la réglementation des rapports des personnes morales de droit public « avec leurs fonctionnaires ».

92. — De fait, le chef de l'Exécutif peut prendre des règlements autonomes dans ces matières, à condition de respecter les lois existantes (3). Toutefois, on ne saurait y voir un domaine « par nature » du pouvoir réglementaire, qui n'existe pas pour la bonne raison que le législateur peut toujours statuer à titre initial et s'approprier toute matière.

Mlle A. Pichat (4) oppose les attributions du Législatif et de l'Exécutif par détermination exceptionnelle de la loi aux

(1) *Cf. supra*, n° 49.
(2) A. Pichat, *op. cit.*, p. 15.
(3) *Cf. supra*, nos 86 et ss.
(4) A. Pichat, *op. cit.*, p. 26.

attributions par nature précédemment envisagées. Mais, cette distinction est inconciliable avec la porté statutaire de la loi et le caractère subordonné du règlement. Certes, des matières ont pu en fait être toujours réservées à l'un ou à l'autre des deux pouvoirs, mais il s'agit là d'une constatation dépourvue de valeur juridique, qui peut tout au plus avoir une portée politique.

En bref, pour se convaincre qu'il n'existe pas de matières réglementaires par nature, il suffit de se rappeler que l'organe législatif peut s'emparer de toute réglementation, que le chef de l'Exécutif peut intervenir dans tout domaine qui ne lui est pas soustrait par la loi et qu'il n'existe pas en droit positif français de catalogue des matières législatives et réglementaires.

CHAPITRE III

# LE CRITÉRIUM ET LES INTÉRÊTS DE LA DISTINCTION DE LA LOI ET DU RÈGLEMENT

93. — Après avoir dégagé les notions de loi et de règlement sous l'empire exclusif de l'acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940, il convient de déterminer par quel signe on pourra en pratique distinguer les deux sortes d'actes et de montrer ensuite les intérêts de la discrimination ainsi effectuée.

## SECTION I

## LE CRITÉRIUM DE LA DISTINCTION

### § 1er

### NATURE DU CRITÉRIUM

SOMMAIRE. — N° 94 : Coexistence d'éléments de fond et de forme dans les définitions proposées. — 95 : Rôle de chaque catégorie d'éléments dans la recherche d'un critérium. — 96 : Source de la force des lois et des règlements. — 97 : Inexistence du critérium organique. — 98 : Inexactitude du critérium matériel. — 99 : Caractère formel du critérium.

94. — Les définitions de la loi et du règlement que nous avons adoptées comportent l'une et l'autre des éléments de fond et de forme.

Quant au fond, les lois ont pour caractéristique essentielle d'avoir la valeur d'un statut dans l'ordre juridique de l'Etat, tandis que les règlements sont principalement définis par leur position de subordination vis-à-vis de celles-ci.

Quant à la forme, les deux catégories d'actes émanent du même organe depuis juillet 1940 et il a fallu, dans ces conditions, inclure dans leur définition un élément ayant trait à la manifestation de la volonté de leur auteur commun (1). Sans doute, il peut paraître singulier que la nature des actes accomplis par une même autorité varie selon la qualité en laquelle il agit, mais le phénomène n'est pas nouveau, ainsi que l'observe le Professeur L. Rolland (2) en faisant allusion au préfet et au maire dans la métropole et au gouverneur dans les colonies.

Ce qu'il faut déterminer, c'est si le chef de l'Etat peut, par une simple distinction de forme à sa discrétion, donner une portée inégale à des actes qui peuvent intervenir indifféremment en toute matière.

A la vérité, le maintien de la distinction de la loi et du règlement tient essentiellement à des raisons d'ordre pratique. La plénitude du pouvoir législatif n'étant attribuée au chef de l'Etat qu'à titre transitoire, si tous ses actes avaient force de loi, son pouvoir réglementaire se trouverait considérablement réduit pour l'avenir. D'autre part, comme il peut exister des lois particulières, on ne pourrait, sans cette classification, distinguer des lois les mesures faisant actuellement l'objet de décrets individuels. Ce serait en définitive saper les bases de notre droit public.

De plus, étant donné que l'acte constitutionnel n° 2 a concentré tous les pouvoirs dans les mains du chef de l'Etat, il faut bien imaginer une distinction de ses actes qui permette de savoir dans l'exercice de quel pouvoir il a agi.

95. — En présence de ces deux catégories d'éléments, il convient de déterminer s'ils contribueront au même titre les uns et les autres à l'élaboration d'un critérium de la distinction de la loi et du règlement, ou si, au contraire, certains d'entre eux joueront à cet égard un rôle prépondérant ou même exclusif.

---

(1) *Cf. supra*, n°s 30 et 31 et n°s 74 à 76.
(2) L. Rolland, *op. cit.*, p. 158.

Le Doyen R. Bonnard (3) estime qu'en général toute différence organique ou formelle est provoquée par une différence matérielle.

Par contre, le Doyen Moreau (4) déclare qu' « en droit « public surtout, la forme d'un acte en détermine pour une « bonne part le régime juridique ». De même, tout au long de son ouvrage fondamental, Carré de Malberg (5), qui ne s'intéresse qu'à la force des actes, les classe d'après la puissance de leur auteur ou les formes utilisées. Le Professeur L. Rolland (6) dit enfin : « ...c'est surtout au point de vue « formel que l'on se place dans notre droit pour définir les « actes ».

Afin de trouver un critérium exact de la distinction de la loi et du règlement, il convient de prendre position dans cette controverse.

96. — Tout d'abord, il est certain que c'est la force d'un acte qui intéresse le juriste et c'est pourquoi nous avons caractérisé la loi et le règlement par leur puissance respective.

Ce qu'il importe de déterminer, c'est l'origine de cette force qui constitue l'élément de fond de la définition retenue. C'est là précisément qu'intervient l'élément de forme. En effet, si la loi a une valeur statutaire, c'est en raison de la primauté du chef de l'Etat et, vu la dualité des fonctions de cet organe, parce que celui-ci a manifesté sa volonté souveraine de conférer à son acte une portée semblable. Pareillement, si le règlement se trouve dans une situation subordonnée, c'est parce que le chef de l'Etat n'a pas, en l'émettant, manifesté une telle volonté.

Bref, on ne peut dire comme Carré de Malberg que les notions de loi et de règlement soient exclusivement for-

---

(3) R. Bonnard, *op. cit.*, p. 220.
(4) F. Moreau, *op. cit.*, p. 105.
(5) R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 tomes, 1920-1922.
(6) L. Rolland, *op. cit.*, p. 42.

melles, étant donné qu'elles renferment des éléments essentiels de fond, mais les signes recognitifs de l'existence de ces actes ont une nature purement formelle et, en ce sens, il est exact de dire que la forme réagit sur le fond.

97. — Il est vrai que c'est l'auteur qui, en raison de sa puissance, confère une force déterminée à l'acte, mais, vu la disparition de la séparation des pouvoirs, le critérium organique n'est plus suffisant à l'heure actuelle. Ainsi que nous l'avons déjà remarqué, si le critérium organique a toujours une base formelle, il peut, par contre, exister un critérium formel dépourvu de base organique (7). C'est précisément le seul critère qui puisse, sous l'empire de l'acte constitutionnel n° 2, permettre de distinguer la loi et le décret réglementaire.

98. — On pourrait également objecter que c'est parce que les actes diffèrent quant au fond qu'il a fallu imaginer des formes différentes pour les édicter. Toutefois, cela ne fournit pas la matière d'un critérium, en raison de l'impossibilité de caractériser les actes par leur contenu (8).

Tandis que certains auteurs considèrent que le contenu réagit sur la forme, nous estimons au contraire que c'est l'élément formel qui réagit sur le fond. C'est ce qui explique qu'on n'ait jamais pu donner de la loi et du règlement des définitions matérielles qui s'harmonisent parfaitement avec le droit positif.

99. — Dans ces conditions, le critérium de la distinction de ces actes a une base formelle.

Au surplus, étant donné que la caractéristique formelle du décret réglementaire est purement négative, puisqu'elle consiste simplement dans l'absence de la forme législative, le critérium formel de la loi est suffisant pour opérer la classification des lois et des règlements.

---

(7) *Cf. supra*, n° 48, *in fine*.
(8) *Cf. supra*, chap. I^er^, section II, et chap. II, section II.

En somme, au cours de la période envisagée, tout se ramène à rechercher comment le chef de l'Etat a manifesté son intention de conférer à son acte la valeur de loi. Tous ses actes généraux qui ne portent pas la marque de cette volonté sont des décrets réglementaires.

## § 2

## ÉLÉMENTS DU CRITÉRIUM

SOMMAIRE. — N° 100 : Position du problème.
I. — 101 : *L'emplacement du texte au Journal Officiel.*
II. — 102 : *Le titre de l'acte.*
III. — 103 : *Le visa de l'acte constitutionnel n° 2.*
IV. — 104 : *La mention initiale : « Le Conseil des Ministres entendu ».* — 105 : a) *Les lois sont-elles seules à la comporter?* — 106 : b) *Toutes les lois doivent-elles la comporter ?* Lois qui ne la comportent pas. — 107 : Examen en doctrine de la validité de ces lois; critique de l'opinion de M. J. Laferrière; solution proposée. — 108 : Position intermédiaire de M. G. Liet-Veaux.
V. — 109 : *La disposition finale prescrivant l'exécution de l'acte.* — Variantes dans la forme utilisée. — 110 : La promulgation des lois; sa forme. — 111 : Sa signification actuelle. — 112 : Critérium proposé. — 113 : Différence entre les actes constitutionnels et les lois ordinaires quant à la nécessité de la promulgation.

100. — C'est ainsi la volonté du chef de l'Etat qu'il importe de déceler pour déterminer si l'acte publié sous sa signature est une loi ou un décret. En d'autres termes, il faut se référer au procédé qu'il a utilisé pour manifester extérieurement sa volonté.

Dès l'origine, il a pris sous des formes différentes les lois et les décrets. Les Professeurs G. Burdeau (1) et L. Delbez (2) soutiennent néanmoins que tout critérium formel de différenciation a disparu du fait de la confusion organique des pouvoirs législatif et réglementaire. Mais nous avons montré qu'il peut exister un critérium formel n'ayant pas pour base une distinction d'organes.

---

(1) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 261.
(2) L. Delbez, *La révision constitutionnelle de 1942*, Revue du droit public, tome LIX, 1943, n° 2, p. 113.

Il reste à préciser en quoi consiste ce critérium formel depuis juillet 1940. Dans la pratique, plusieurs bases s'offrent à l'interprète, mais il n'y a lieu de retenir que celles — s'il en existe — qui ont une valeur juridique et sont seules susceptibles en conséquence de fournir un critérium également juridique.

## I. — L'EMPLACEMENT DU TEXTE AU *JOURNAL OFFICIEL*

101. — Le *Journal officiel* classe sous trois rubriques différentes les actes du chef de l'Etat : « *Actes constitutionnels* », « *Lois* » et « *Décrets, arrêtés et circulaires* ». Cette classification se retrouve aussi bien dans le corps du *Journal officiel* que dans le sommaire qu'il publie en tête. Ce sera en fait, la plupart du temps, un moyen suffisant d'identification des lois et des règlements.

Toutefois, il ne s'agit là que d'une indication purement matérielle qui n'a aucune valeur juridique, ainsi que l'ont souligné les Professeurs J. Laferrière (3), G. Burdeau (4) et L. Delbez (5). L'erreur de classement que peuvent commettre les typographes ne saurait évidemment changer la portée de l'acte, attendu que c'est la volonté du chef de l'Etat qui importe et que ce classement n'est évidemment pas son œuvre.

De fait, des erreurs de ce genre se sont parfois produites. Un acte du 15 octobre 1940 (*J. O.* du 20 novembre 1940, p. 5.742) figure à la rubrique « *Décrets* » du sommaire sous le titre « *Décret portant suppression de conseils, commissions ou comités* ». Dans le corps du *Journal officiel*, il est également classé parmi les décrets sous l'indication : « *Secrétariat Général à la Famille et à la Santé — Conseils, commissions ou comités* ». Or, il n'existe aucun doute sur son

(3) J. Laferrière, *op. cit.*, p. 173.
(4) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 261.
(5) L. Delbez, *article cité*, p. 114.

caractère législatif : dans son article 11 on trouve l'expression « *la présente loi* » ; il supprime des organismes qui avaient été créés par des lois et il en institue d'autres ; enfin et surtout, il est pris en conseil des ministres et comporte la formule courante de promulgation des lois.

D'autre part, un rectificatif publié au *Journal officiel* du 8 mai 1941 (p. 1.953) a reclassé dans la catégorie des lois un texte du 24 avril 1941, relatif à la création de colombiers de pigeons-voyageurs, que le *Journal officiel* du 29 avril 1943 (p. 1.823) avait intitulé « *Décret* » et classé comme tel, alors qu'il abroge des textes législatifs et comporte à la fois la mention de délibération en conseil des ministres et la formule de promulgation des lois.

Enfin, un acte du 27 septembre 1940 — relatif aux avances susceptibles d'être consenties par les caisses régionales de crédit agricole mutuel dont le siège est situé en zone libre — intitulé « *loi* », était classé également parmi les lois au *Journal officiel* du 30 septembre 1940 (p. 5.193), sans toutefois porter la mention initiale « *Le Conseil des ministres entendu* », mais un rectificatif inséré au *Journal officiel* du 1er octobre 1940 (p. 5.198) est venu lui attribuer le titre de « *décret* » et supprimer la formule de promulgation qui était incluse dans son article final.

Sans préjuger de la validité de ce dernier rectificatif (6), on doit néanmoins conclure qu'il n'existe aucune raison, pas plus pratique que juridique, de se baser uniquement sur l'emplacement d'un texte au *Journal officiel* pour le qualifier de loi ou de décret réglementaire.

## II. — LE TITRE DE L'ACTE

102. — Le titre des actes du chef de l'Etat porte en tête la mention « *loi* » ou « *décret* ». A première vue, il n'y a encore là qu'une simple indication matérielle. Tou-

(6) *Cf. infra*, nos 115 et 116.

tefois, contrairement à ce que semble penser M. J. Laferrière (7), on ne peut dire, comme de l'emplacement au *Journal officiel*, qu'il s'agit d'une mention à la merci d'une erreur des typographes. Il n'existe en effet aucune raison de supposer que la minute signée par le chef de l'Etat ne portait pas à cet égard une indication identique à celle publiée au *Journal officiel*.

Il est vrai que cet auteur ajoute aussitôt qu'en France le titre ne fait pas partie du texte de la loi et n'a pas de valeur officielle. Toutefois, il convient de se demander si les raisons de cette attitude ont subsisté. En effet, il était antérieurement naturel de n'attribuer aucune force juridique au titre puisqu'il n'était pas voté. Par contre, on peut considérer à l'heure actuelle qu'il est adopté par l'auteur de l'acte comme l'ensemble des dispositions consignées dans la minute soumise à sa signature.

Cependant, il existait au moins un autre motif de n'attacher aucune valeur au titre d'une loi. C'est qu'on ne saurait en quelques mots résumer parfaitement une loi parfois fort longue, dont les dispositions peuvent porter sur des objets plus ou moins semblables. Le titre d'une loi, qui n'est généralement pas adéquat au texte ou est tout au moins incomplet, ne saurait pourtant neutraliser des dispositions explicites et parfois détaillées du dispositif. Si on ajoute que c'est peut-être uniquement pour cette raison qu'il n'était pas voté par le Parlement, il n'y a pas davantage lieu de lui attribuer un effet juridique sous l'empire de l'acte constitutionnel n° 2.

Le fait qu'un acte du chef de l'Etat soit mal intitulé — le cas s'est produit (8) — ne saurait donc avoir aucune répercussion juridique, tout en étant en pratique regrettable à cause des confusions qu'il peut créer près des personnes non averties. Il en est ainsi à plus forte raison lorsque c'est une

---

(7) J. Laferrière, *op. cit.*, p. 173.
(8) *Cf. supra*, n° 101.

loi qui porte par erreur le titre de « *décret* », attendu que ce dernier terme désigne traditionnellement tous les actes du chef de l'Etat.

A la vérité, comme le dit le Professeur J. Laferrière (9), « c'est dans le texte lui-même qu'il faut chercher les signes « révélant s'il a été pris en exercice du pouvoir réglemen- « taire ou du pouvoir législatif ».

## III. — LE VISA DE L'ACTE CONSTITUTIONNEL N° 2

103. — La volonté du chef de l'Etat étant décisive dans la qualification de ses actes, on pourrait s'attendre à ce qu'il en opère la classification en se référant, dans les visas qui précèdent le texte, aux dispositions de l'acte constitutionnel n° 2 dans lesquelles il puise sa compétence, à savoir l'article 1er § 2 pour les lois, et l'article 1er § 3 pour les règlements.

Mais, en fait, on constate, d'une part, que la plupart des lois et des règlements omettent de viser ces dispositions constitutionnelles, et, d'autre part, que les autres actes se bornent à viser indistinctement l'acte constitutionnel n° 2, sans aucune précision d'article ni de paragraphe (10). Les Professeurs J. Laferrière (11) et G. Burdeau (12) semblent voir là l'unique raison de l'élimination de ce critérium.

Nous estimons au surplus que le chef de l'Etat n'est nullement obligé de viser le texte constitutionnel qui lui donne compétence. En conséquence, même s'il avait pris le soin de se référer d'une manière précise au paragraphe de l'article 1er de l'acte constitutionnel n° 2 qui constitue le fondement de son pouvoir, il eût été juridiquement impossible de refuser la qualité de loi ou de règlement à un acte qui, à

---

(9) J. Laferrière, *op. cit.*, p. 173.

(10) Au cours de la période envisagée, on ne trouve guère qu'une trentaine de lois et à peine une dizaine de décrets qui visent l'acte constitutionnel n° 2, sans d'ailleurs donner la référence de l'article et du paragraphe.

(11) J. Laferrière, *op. cit.*, p. 173.

(12) G. Burdeau, *op. cit.*, pp. 261 et 262.

titre exceptionnel, n'aurait pas comporté un tel visa. Il ne faut pas se contenter d'indications qui sont généralement suffisantes dans la pratique parce que courantes, mais rechercher des signes qui soient juridiquement nécessaires, afin que leur omission ait une portée juridique en privant l'acte de sa nature. C'est le seul moyen d'obtenir un critérium certain.

En tout état de cause, le visa de l'acte constitutionnel n° 2 n'apporte donc aucune contribution intéressante.

## IV. — LA MENTION INITIALE « LE CONSEIL DES MINISTRES ENTENDU »

104. — Aux termes de l'article 1er, § 2, de l'acte constitutionnel n° 2, le chef de l'Etat « exerce le pouvoir législatif en conseil des ministres... ». Il est donc naturel de supposer que la mention de délibération en conseil des ministres doit nécessairement figurer en tête des lois et qu'elle constitue ainsi un élément formel de différenciation des lois et des règlements.

La réalité n'est pas aussi simple, car il faut déterminer si cette mention constitue un critérium certain, ce qui conduit à rechercher si elle est nécessaire et suffisante pour déceler la présence d'une loi, en d'autres termes si toute loi doit nécessairement la comporter et si les lois sont seules à l'indiquer.

105. — a) Tout d'abord, pour que la mention initiale « *Le Conseil des ministres entendu* » puisse constituer un critérium suffisant de la distinction de la loi et du règlement, il faudrait que les lois soient seules à la comporter. Or, des décrets peuvent être pris en conseil des ministres.

En effet, des lois ont pu exiger la délibération en conseil des ministres de leurs décrets d'application. Cette condition était assez fréquente avant juillet 1940. Elle a moins de raison d'être à l'heure actuelle, mais elle se retrouve encore.

Au surplus, le chef de l'Etat peut fort bien consulter le conseil des ministres dans l'exercice de son pouvoir réglementaire et en faire mention en tête de son acte, qui n'en conserve pas moins sa nature propre.

De fait, on relève au *Journal officiel*, indépendamment de certains décrets individuels, des décrets réglementaires intervenus en conseil des ministres. Tels sont, à titre indicatif (13) : un décret du 1er août 1940 (*J. O.* du 2 août 1940, p. 4.615), relatif à la convocation de la Cour Suprême de Justice, qui fixe la compétence de la Cour de Riom ; un décret du 6 août 1940 (*J. O.* du 7 août 1940, p. 4.653) tendant à rendre obligatoire la déclaration des stocks de certains produits et matières premières et à permettre d'en réglementer l'emploi ; un décret du 12 août 1940 (*J. O.* du 19 août 1940, p. 4.739) relatif à l'Office national des mutilés, combattants, victimes de la guerre et pupilles de la nation ; un décret du 26 octobre 1940 (*J. O.* du 1er décembre 1940, p. 5.919) étendant à l'Afrique du Nord les dispositions de la loi du 16 août 1940 portant organisation provisoire de la production industrielle.

Certes, on pourrait se demander si ces décrets n'ont pas précisément force de lois à raison de cette mention. La question pourra être examinée d'une manière plus certaine lorsque, après avoir énuméré les signes recognitifs de la loi qui peuvent être envisagés, il faudra déterminer celui qui aura le pas sur les autres lorsqu'ils ne concordent pas (14).

Quoi qu'il en soit, le fait qu'un acte du chef de l'Etat porte en tête la mention « *Le Conseil des ministres entendu* » n'est pas un indice absolu de la présence d'une loi.

---

(13) On a parfois cité à tort un décret du 13 février 1942 (J. O. du 18 février 1942, p. 698) relatif au recrutement des juges de paix et des suppléants rétribués de juges de paix de l'Algérie, de la Tunisie et du Maroc, ainsi qu'un décret du 3 février 1942 (J. O. du 21 février 1942, p. 752) relatif aux émoluments du greffier en chef du Tribunal de Commerce de la Seine. Ces décrets ont été pris seulement en Conseil d'Etat et ne portent pas la mention de délibération en Conseil des Ministres.

(14) *Cf. infra*, nos 117 et ss.

106. — b) En second lieu, pour que la mention initiale « *Le Conseil des ministres entendu* » fournisse un critérium certain, il faudrait qu'elle figure nécessairement dans toutes les lois.

Il convient d'autant plus de déterminer si cette indication est obligatoire qu'elle fait défaut dans certains actes auxquels le chef de l'Etat a voulu sans aucun doute donner force de loi, soit qu'elle ait été omise dans la minute soumise à sa signature, soit que la loi n'ait pas été délibérée en conseil des ministres. Il ne faut d'ailleurs pas se dissimuler, observe justement M. J. Laferrière (15), que souvent l'inscription de ladite mention en tête des lois n'est autre qu'un « mensonge officiel, certain mais indémontrable ».

Nous avons relevé, parmi les lois intervenues sous l'empire exclusif de l'acte constitutionnel n° 2, plusieurs d'entre elles dont le dispositif n'est pas précédé de cette mention. Ce sont :

— la loi du 5 août 1940 (*J. O.* du 9 août 1940, p. 4.667) portant abrogation du décret du 20 mai 1940 relatif aux travaux civils pendant la durée des hostilités ;

— la loi du 13 septembre 1940 (*J. O.* du 19, p. 5.059) relative aux attributions du ministre secrétaire d'Etat à la marine ;

— la « loi » susvisée du 27 septembre 1940, qui a, il est vrai, été classée parmi les décrets par un rectificatif (16) ;

— la loi du 21 octobre 1940 (*J. O.* du 8 novembre 1940, p. 5.602) relative à l'arrondissement au décime des recettes et des dépenses publiques ;

— la loi du 30 octobre 1940 (*J. O.* du 9 novembre 1940, p. 5.617) autorisant la Chambre de commerce de La Roche-sur-Yon à contracter un emprunt ;

— la loi du 13 décembre 1940 (*J. O.* du 14, p. 6.114) rattachant le Secrétariat Général de l'information à la Présidence du Conseil ;

---

(15) J. Laferrière, *op. cit.*, p. 174, note 1.
(16) *Cf. supra*, n° 101.

— la loi du 16 janvier 1941 (*J. O.* du 19, p. 270) instituant une indemnité compensatrice de pertes de salaires au profit de marins de commerce et de la pêche ;

— la loi du 4 mars 1941 (*J. O.* du 21, p. 1.253) portant modification des articles 658 et 749 du Code de procédure civile ;

— la loi du 21 mars 1941 (*J. O.* du 22, p. 1.266) relative à la réorganisation de l'agence Havas, qui prévoit notamment dans son article 3 que toutes dispositions contraires de la loi du 27 septembre 1940 sont abrogées ;

— la loi du 22 avril 1941 (*J. O.* du 23, p. 1.730) relative au Conseil supérieur de l'instruction publique, qui a été il est vrai complétée à ce sujet par un additif inséré au *Journal officiel* du 25 avril 1941 (p. 1.758) ;

— la loi du 12 juin 1941 (*J. O.* du 14, p. 2.477) abrogeant les décrets-lois des 4 octobre 1939 et 1er avril 1940, relatifs à la répartition des combustibles minéraux solides et du brai de houille, au chauffage central collectif et aux circulations d'eau chaude ;

— la loi du 12 juin 1941 (*J. O.* du 14, p. 2.477) concernant le dépôt des fascicules imprimés et des catalogues de brevets d'invention et certificats d'addition, dont l'article 3 abroge l'article 25 de la loi du 5 juillet 1844 ;

— la loi du 14 septembre 1941 (*J. O.* du 16, p. 3.959) accordant le bénéfice des primes à la sériciculture pour les incubations retardées ;

— la loi du 31 octobre 1941 (*J. O.* des 10 et 11 novembre 1941, p. 4.862) relative aux jardins ouvriers, dont l'article 28 abroge toutes dispositions contraires des lois en vigueur ;

— la loi du 12 décembre 1941 (*J. O.* du 14, p. 5.382) portant modification n° 2 à la loi du 1er janvier 1930 relative à l'utilisation du fonds de réserve de l'établissement national des invalides de la marine ;

— la loi du 1er mars 1942 (*J. O.* des 2 et 3 mars 1942, p. 883) relative aux conseils départementaux de l'enseignement primaire, qui modifie l'article 44 de la loi du 30 octobre 1886, modifié par la loi du 13 décembre 1940 ;

— la loi du 6 avril 1942 (*J. O.* du 11, p. 1.369) complétant la loi du 25 mars 1941 organisant la protection des végétaux ;

— la loi du 1er avril 1942 (*J. O.* du 22, p. 1.534) relative aux indemnités allouées aux membres du conseil municipal de Paris, aux membres de la commission administrative de la Seine, aux maires et adjoints des arrondissements de Paris, qui abroge en particulier la loi du 9 août 1941 ;

— la loi du 27 avril 1942 (*J. O.* des 27 et 28 avril 1942, p. 1.611) relative à l'organisation corporative de l'agriculture, qui porte notamment abrogation des lois des 2 décembre 1940, 28 décembre 1941 et 27 février 1942 ;

— la loi du 4 mars 1942 (*J. O.* du 29 avril 1942, p. 1.626) concernant la nomination des inspecteurs du contrôle et des inspecteurs de la radiodiffusion nationale ;

— la loi du 8 juin 1942 (*J. O.* des 22 et 23 juin 1942, p. 2.178) permettant de pourvoir temporairement à certains postes vacants dans les conseils de prud'hommes ;

— la loi du 19 septembre 1942 (*J. O.* du 30 octobre 1942, p. 3.602) relative aux frais d'internement des individus dangereux pour la défense nationale ou la sécurité publique ou dont les agissements sont de nature à nuire à l'économie nationale.

Toutes ces lois (17) comportent la formule de promulgation des lois (18). En outre, elles contiennent pour la plupart des dispositions qui, à l'époque de leur émission, ne pouvaient être prises que par la voie législative, soit qu'elles

---

(17) Depuis la révision constitutionnelle de novembre 1942, une autre loi du chef de l'Etat en date du 9 décembre 1942 (J. O. du 6 janvier 1943, p. 48) organisant le Secrétariat d'Etat à l'Economie nationale et aux Finances, n'a pas non plus été délibérée en Conseil des Ministres.

(18) La mention « *Le Conseil des Ministres entendu* » a également été omise dans la « *loi* » du 2 novembre 1940 (J. O. du 3, p. 5538) limitant le temps de position « hors cadres » des fonctionnaires de l'administration préfectorale, qui complète l'article 3 du décret-loi du 5 mai 1934, mais cet acte ne comporte pas non plus la formule de promulgation des lois.

aient directement porté atteinte à des lois ou décrets-lois antérieurs, soit qu'elles aient statué sur des domaines réservés au pouvoir législatif par l'ensemble des lois existantes.

107. — La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la validité des lois susvisées, mais la question a été soulevée en doctrine.

Le Professeur J. Laferrière (19) considère ces lois comme inexistantes parce que ne remplissant pas la condition de forme exigée par l'acte constitutionnel n° 2 pour la formation des lois. Il ajoute que l'acte ne se transforme pas pour autant en décret et il semble envisager la possibilité d'invoquer son inexistence devant les tribunaux en utilisant la distinction entre l'inconstitutionnalité de la loi au fond et son inexistence formelle.

Cette solution est trop radicale, tant en elle-même que dans ses conséquences.

Tout d'abord, s'il paraît hors de conteste que les lois soient demeurées insusceptibles de recours contentieux (20), il n'en reste pas moins que les tribunaux peuvent et doivent même refuser d'appliquer une loi inexistante, telle une loi qui n'avait été votée que par l'une des Chambres sous l'empire de la Constitution de 1875. Il importe donc de se demander si l'omission de la mention en cause entraîne vraiment, comme le pense M. J. Laferrière, l'inexistence totale de la loi.

On ne peut pour le nier se contenter de l'affirmation de M. G. Burdeau (21), pour qui cette mention n'est pas un signe décisif simplement parce que « ce rappel de l'obser-« vation d'une formalité nécessaire à l'exercice du pouvoir « législatif peut avoir été omis lors de l'impression de l'acte « au *Journal officiel* ». La raison qu'il invoque n'a aucune valeur juridique, car, « prendre en considération les possi-

(19) J. Laferrière, *op. cit.*, pp. 174 et 178.
(20) *Cf. supra*, n° 18.
(21) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 262.

« bilités d'erreur dans l'impression au *Journal officiel* serait « se refuser à hiérarchiser les sources du droit » (22).

Par contre, il est permis de voir une garantie constitutionnelle dans l'obligation imposée au chef de l'Etat de prendre l'avis du conseil des ministres. Toutefois, il ne faut pas en surestimer l'importance. En effet, cet avis, quoique obligatoire, ne lie pas le chef de l'Etat. Un décret présidentiel qu'une loi parlementaire prescrivait de prendre en conseil des ministres n'était pas inexistant si cet avis faisait défaut : il était simplement susceptible d'être atteint par le recours pour excès de pouvoir ou neutralisé par l'exception d'illégalité. Cependant, il s'agissait là d'une garantie plus forte qu'à l'heure actuelle où la situation des secrétaires d'Etat à l'égard du chef de l'Etat est tout autre que ne l'était celle des ministres vis-à-vis du Président de la République sous un régime parlementaire. Dans un pays où il existe moins de différences entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires qu'entre celles-ci et les décrets réglementaires, il y a encore moins de raisons de se montrer plus exigeant à l'égard des lois actuelles dans leur respect des actes constitutionnels qu'on ne l'est demeuré vis-à-vis des règlements quant à leur condition de légalité.

D'ailleurs, M. J. Laferrière ne semble pas adopter une position absolument nette. Il parle tour à tour d'inexistence (23) et de nullité pour vice de forme (24).

A la vérité, on ne peut admettre l'inexistence de la loi ne portant pas la mention « *Le Conseil des ministres entendu* ». La question se pose alors de savoir si les tribunaux, qui peuvent refuser d'appliquer une loi inexistante mais ne se sont jamais reconnu le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois, ont le pouvoir de sanctionner leur irrégularité en la forme. La solution a déjà été donnée (25) : les actes législatifs du chef de l'Etat échappent à toute critique con-

---

(22) G. Liet-Veaux, *op. cit.*, p. 411.
(23) J. Laferrière, *op. cit.*, pp. 174 et 178.
(24) *Ibid*, pp. 171 et 177.
(25) *Cf. supra*, n° 18.

tentieuse, aussi bien en la forme pour absence de délibération en conseil des ministres, qu'au fond pour émission de dispositions contraires aux actes constitutionnels.

Finalement, l'omission de la mention initiale « *Le Conseil des ministres entendu* » n'a aucune répercussion juridique puisque, d'une part, elle n'entraîne pas l'inexistence de l'acte et que, d'autre part, les tribunaux ne peuvent, en l'état actuel du droit, être saisis d'un recours ou d'une exception d'inconstitutionnalité pour vice de forme.

108. — Il est vrai que M. G. Liet-Veaux (26) adopte une position intermédiaire. Selon cet auteur, l'acte qui ne porte pas ladite mention est purement réglementaire, même s'il est promulgué comme loi de l'Etat. Il estime que cette solution a le double avantage d'assurer le respect des dispositions de l'article 1er, § 2, de l'acte constitutionnel n° 2, — ce qui est incontestable —, et d'éviter un bouleversement des situations acquises, ce qui est moins certain. En effet, les actes en question sont généralement intervenus dans le domaine de la loi. Or, si on leur attribue la valeur de décrets réglementaires, ils pourront être attaqués devant les tribunaux pour illégalité et ils seront ainsi dépourvus d'efficacité juridique. Seuls peuvent être rangés utilement parmi les décrets réglementaires les actes qui — intervenant dans un domaine jusque-là abandonné au pouvoir réglementaire — avaient pour unique but de soustraire la matière réglementée à ce domaine pour la transférer dans celui de la loi ; ces décrets n'auront pas la valeur législative dans la solution proposée par M. G. Liet-Veaux, mais ils pourront néanmoins être appliqués sans risquer une critique contentieuse.

Par contre, la solution que nous proposons a véritablement le mérite de ne pas bouleverser les situations acquises et ce point n'est pas à négliger si l'on considère le nombre important des lois qui comportent cette irrégularité de forme.

---

(26) G. Liet-Veaux, *op. cit.*, pp. 411 et 416.

Certes, il peut paraître singulier qu'une prescription constitutionnelle demeure dépourvue de sanction, mais cela tient à la position adoptée par notre droit dans le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois. En outre, si cette solution n'a pas l'avantage de respecter la lettre de l'acte constitutionnel n° 2, elle est du moins conforme à la volonté évidente du législateur.

## V. — LA DISPOSITION FINALE PRESCRIVANT L'EXÉCUTION DE L'ACTE

109. — Le chef de l'État utilise des formules différentes pour ordonner l'exécution de ses actes.

L'article final des décrets est en général ainsi conçu : « *Tel* (*ou tels*) *secrétaire* (*s*) *d'Etat est* (*ou sont*) *chargés* (*s*) « *de l'exécution du présent décret...* ». Cependant, cette formule n'est pas obligatoire, car aucune forme n'est imposée dans la rédaction des décrets et l'élément formel inclus dans notre définition du décret réglementaire est purement négatif puisqu'il consiste simplement dans l'absence de la forme législative. Il faut précisément savoir en quoi consiste celle-ci à une époque où le critérium organique ne peut plus jouer et il convient de déterminer quelle est la contribution apportée à cet égard par la formule prescrivant l'exécution des lois.

La plupart du temps, l'article final des lois est ainsi libellé : « *Le présent décret sera publié au « Journal officiel »* « *et* EXÉCUTÉ COMME LOI DE L'ÉTAT ». Il est vrai qu'il existe de nombreuses variantes dans la formule utilisée. Le terme « *décret* » est d'abord remplacé par celui d' « *acte* », qui a été plus spécialement employé à l'origine (27), mais que l'on retrouve depuis lors de temps à autre.

En outre, cette disposition finale emploie parfois les expressions « *sera observé* comme loi de l'Etat » ou « *aura force* de loi ».

---

(27) Le Journal Officiel du 19 septembre 1940 comporte huit lois sur quarante-cinq qui emploient le mot « *acte* ».

On trouve aussi quelquefois dans la formule les termes « *loi* » ou « *texte* » et non plus celui de « *décret* », mais on ne saurait attacher aucune importance juridique à ces différences de qualification, que M. J. Laferrière (28) attribue à raison aux habitudes de rédaction de certains services.

Enfin, la formule précitée est parfois précédée de celle utilisée pour les décrets ou encore de celle-ci : « *Un arrêté « de tel secrétaire d'Etat déterminera les modalités d'appli- « cation du présent décret...* ». Elle renferme par ailleurs, dans certains cas, des dispositions diverses relatives à l'abrogation de textes antérieurs, à l'étendue de l'application de la loi dans l'espace (colonies, zone occupée...) ou dans le temps, etc...

110. — Les auteurs s'accordent néanmoins à considérer que c'est par cet article final que le chef de l'Etat procède à la promulgation des lois. C'est l'opinion adoptée notamment par les Professeurs J. Laferrière (29), G. Burdeau (30), L. Delbez (31), ainsi que par M. G. Liet-Veaux (32). Le Professeur J. Laferrière (33) y voit à juste titre une simple adaptation de la formule de promulgation fixée par le décret du 6 avril 1876.

Toutefois, M. G. Liet-Veaux considère que la promulgation est dépouillée de toute forme en raison de la diversité des formules employées pour l'effectuer. Il en fait même un argument pour lui refuser toute signification.

C'est à la vérité être trop formaliste. En effet, la formule du décret du 6 avril 1876 n'est plus en harmonie avec la nouvelle constitution et ne peut du moins être utilisée sans être adaptée à celle-ci. Le chef de l'Etat n'est donc plus lié par une formule rigide et on peut voir là une explication

(28) J. Laferrière, *op. cit.*, p. 175, note 1.
(29) *Ibid.*, p. 177.
(30) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 262.
(31) L. Delbez, *article cité*, pp. 113 et 114.
(32) G. Liet-Veaux, *op. cit.*, p. 409.
(33) J. Laferrière, *op. cit.*, p. 175.

aussi bien juridique que pratique des variantes relevées. Dans ces conditions, peu importe les termes employés par le chef de l'Etat : il suffit qu'ils traduisent d'une manière suffisante son ordre d'exécution au titre de loi de l'acte qu'il a édicté.

111. — Toute la question se ramène à déterminer si la promulgation est nécessaire à la validité de la loi, attendu qu'une réponse affirmative peut seule fournir la matière d'un critérium. En d'autres termes, toute loi doit-elle nécessairement comporter une formule finale qui, sans être forcément uniforme, puisse néanmoins être considérée comme valant promulgation.

M. G. Liet-Veaux estime que la promulgation est actuellement dépourvue de sens (34), bien qu'il reconnaisse, en abordant la question, que la formule terminale des lois, qui a plus d'autorité que le titre de la loi, pose un délicat problème d'interprétation (35).

Il fonde son opinion sur le fait qu'elle ne remplit plus aucun des offices qu'elle avait antérieurement.

M. G. Burdeau (36) estime de son côté qu'elle ne présente plus aujourd'hui le même intérêt qu'autrefois et que sa raison d'être est considérablement réduite « du fait que c'est « le même organe, le chef de l'Etat, qui fait la loi et qui la « promulgue ». Le Professeur J. Laferrière (37) dit pareillement : « La promulgation n'a d'utilité que si elle s'appli- « que à l'œuvre d'une autre autorité. »

Il ne faut cependant pas perdre de vue que l'article 1er, § 3, de l'acte constitutionnel n° 2 exige que les lois soient promulguées. Même si l'on n'y voit que « le maintien d'un formalisme traditionnel » (37), ce texte n'en conserve pas moins sa portée juridique. C'est d'ailleurs ce que M. J. Laferrière lui-même reconnaît lorsqu'il écrit : « Toute loi,

(34) G. Liet-Veaux, *op. cit.*, n° 308.
(35) *Ibid.*, n° 306, *in fine*.
(36) G. Burdeau, *op. cit.*, pp. 244 et 245.
(37) J. Laferrière, *op. cit.*, p. 177.

« pour acquérir la perfection juridique dont dépend sa force « obligatoire ou du moins sa possibilité de mise à exécution, « doit avoir été promulguée » (37), sinon elle ne serait pas susceptible d'application (38).

M. G. Liet-Veaux (39) trouve cette solution trop radicale et il craint « que les tribunaux se refusent, devant les nom- « breux exemples de décrets législatifs irréguliers suivis « d'exécution, à un bouleversement des situations acquises ».

Sans méconnaître la justesse de cette observation d'ordre pratique, — tout en remarquant cependant qu'il y a beaucoup moins de « lois » non promulguées que de lois non délibérées en conseil des ministres —, il faut transposer la question sur le terrain juridique.

Certes, on est tenté à première vue d'admettre avec le Professeur G. Burdeau (40) que l'acte constitutionnel n° 2 ne maintient la promulgation qu'en prévision du jour où de nouvelles assemblées législatives seront instituées. Elle est en effet susceptible de reprendre alors sa signification antérieure.

Toutefois, il n'y a pas plus de raisons de la supprimer du seul fait que le chef de l'Etat est investi du pouvoir législatif qu'il n'y en a de nier toute distinction de la loi et du règlement pour le même motif. C'est précisément cette confusion organique des fonctions législative et réglementaire qui lui confère à l'heure actuelle un sens nouveau.

112. — C'est par cette formule de promulgation — qui, on l'a vu (41), n'est plus rigide — que le chef de l'Etat révèle sa volonté de donner une portée statutaire à ses décisions. C'est même le seul moyen qu'il ait à sa disposition pour manifester cette volonté d'une manière certaine, étant donné que le titre de l'acte, son emplacement au *Journal officiel* et le visa de l'acte constitutionnel n° 2 ne sont pas

(38) *Ibid.*, p. 178.
(39) G. Liet-Veaux, *op. cit.*, p. 410.
(40) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 245.
(41) *Cf. supra*, n° 110.

suffisants à cet égard et que, d'autre part, la mention initiale « *Le Conseil des ministres entendu* » ne peut permettre de différencier à coup sûr les lois des règlements.

Or, il faut bien que le chef de l'Etat manifeste d'une manière quelconque sa volonté législative. La promulgation précisément révèle parfaitement cette volonté. S'il stipule que son acte « sera exécuté comme loi de l'Etat », c'est évidemment qu'il entend exercer le pouvoir législatif.

On objectera peut-être qu'il y a lieu de se baser sur la répartition des matières législatives et réglementaires telle qu'elle existait lors de la mise en vigueur de la nouvelle constitution. Serait loi tout acte qui touche à un domaine que le législateur s'était jusque-là réservé. Serait décret réglementaire toute autre disposition par voie générale.

C'est le procédé qui a été utilisé pour liquider la situation *de fait* consécutive aux périodes révolutionnaires de 1848, de 1851-1852 et de 1870-1871. Mais, recourir à l'heure actuelle à ce procédé de triage — comme le fait M. A. Leriche (42), qui lui donne le pas sur celui adopté par le Gouvernement — c'est refuser à celui-ci la plénitude du pouvoir législatif. M. A. Leriche n'est d'ailleurs pas logique avec lui-même puisqu'il dit par ailleurs (43) que le chef de l'Etat peut donner force de loi à l'un de ses décrets coloniaux comme le Parlement autrefois et qu'il envisage en outre l'existence de décrets illégaux (44). Or, dans la logique de la conception de cet auteur, le chef de l'Etat ne devrait pas pouvoir élargir le domaine législatif, même aux colonies ; d'autre part, il ne devrait pas exister de décrets illégaux, attendu qu'un décret touchant à une matière législative aurait de ce seul fait force législative.

En dernière analyse, il paraît suffisant d'étayer notre opinion sur les constatations suivantes. D'abord aucun auteur ne nie que le chef de l'Etat puisse faire varier le domaine législatif et, par voie de conséquence et en sens inverse, le

---

(42) A. Leriche, *op. cit.*, pp. 170 et ss.
(43) *Ibid.*, p. 147.
(44) *Ibid.*, p. 155.

domaine réglementaire. Afin de concilier momentanément les opinions en présence quant au moyen formel de différenciation des lois et des règlements, supposons une loi parfaite à tous égards en la forme : bien publiée, correctement intitulée, prise en conseil des ministres et régulièrement promulguée. Personne ne contestera sa valeur législative, même si elle intervient dans un domaine qui ressortissait antérieurement au pouvoir réglementaire. Or, nous avons montré que le titre de l'acte et son emplacement au *Journal officiel* n'ont aucune force juridique et que des décrets peuvent être pris en conseil des ministres. Dans ces conditions, on est bien obligé d'admettre qu'un tel acte — qui aurait pu valablement intervenir en forme de décret réglementaire — vaudra comme loi grâce à sa promulgation, précisément parce qu'elle seule révèle d'une manière certaine la volonté souveraine du chef de l'Etat d'agir dans l'exercice de son pouvoir législatif.

Ce point étant admis, il faut être logique jusqu'au bout. Si la promulgation a une telle portée, puisqu'elle confère à l'acte son caractère législatif, il faut évidemment admettre à l'inverse que son défaut enlève à l'acte sa qualité de loi et ne lui permet de valoir qu'à titre de décret réglementaire. De deux choses l'une alors : ou il touche à des matières rentrant à l'époque dans la compétence législative et dans ce cas il est susceptible de critique contentieuse ; ou il se borne à statuer sur des matières abandonnées au pouvoir réglementaire et alors il peut être appliqué sans risquer d'être attaqué devant les tribunaux, mais il a manqué son rôle de transfert de la matière réglementée du domaine réglementaire dans le domaine législatif.

Il est évident que la promulgation n'a plus le même sens qu'avant juillet 1940. On la considérait alors, du moins dans la doctrine dominante, comme un acte de nature exécutive. Or, la confusion organique des pouvoirs législatif et exécutif lui a enlevé cette signification.

Par contre, il semble bien qu'à l'heure actuelle elle soit un acte de nature législative. La raison invoquée à l'encontre

de cette thèse par M. R. Malézieux (45) n'est pas convaincante. Cet auteur se borne à constater que, si on attribue ce caractère à la promulgation, il est sans intérêt de donner compétence au chef de l'Etat pour la prendre, attendu qu'il dispose déjà de la plénitude du pouvoir législatif. A la vérité, cet argument est spécieux, car c'est précisément par la promulgation que le chef de l'Etat exerce le pouvoir législatif. Le nier serait écarter une hiérarchie des sources du droit dont le maintien a été voulu par l'organe constituant et qui ressort avec évidence de la législation.

Finalement, on aboutit à conclure que la promulgation est nécessaire pour qu'un acte du chef de l'Etat ait le caractère de loi. C'est ce que semble admettre également le Professeur G. Scelle lorsqu'il dit que « sont lois les décrets portant une « formule de promulgation » (46).

113. — Toutefois, il importe de justifier maintenant la différence qui existe à cet égard entre les lois ordinaires et les actes constitutionnels. En effet, ceux-ci ne se terminent par aucune formule de promulgation et cela n'atteint pas pourtant leur validité. M. G. Liet-Veaux (47) y voit un argument pour dire que l'acte constitutionnel n° 2 a confondu la promulgation avec la publication et il cite un autre exemple de confusion identique dans la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940, qui confie au Maréchal Pétain le soin de « *promulguer* » une nouvelle constitution.

L'exemple des actes constitutionnels ne paraît pas cependant convaincant. D'abord, on discutait sous le régime de 1875 sur la nécessité de la promulgation des lois constitutionnelles (48) et ces hésitations ne peuvent être que renforcées depuis 1940. De plus, il n'y a pas lieu de s'attacher au fait que la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 utilise le

---

(45) R. Malézieux, note au S., 1943, 3, 41, sous Conseil d'Etat, 16 avril 1943, Lanquetot.
(46) G. Scelle, *op. cit.*, p. 228.
(47) G. Liet-Veaux, *op. cit.*, p. 414.
(48) J. Laferrière, *op. cit.*, p. 37.

verbe « *promulguer* » : l'Assemblée nationale a simplement voulu marquer par là que le Maréchal Pétain pouvait élaborer une constitution immédiatement applicable de par la seule autorité de son auteur, la promulgation ayant antérieurement pour but d'affirmer le caractère exécutoire de la loi.

Par contre, la promulgation des lois ordinaires est expressément exigée par l'acte constitutionnel n° 2, dont les dispositions du § 3 de l'article 1er viennent s'ajouter à celles du § 2. Ces dispositions sont, dans la pensée de l'organe constituant, applicables dès avant la formation des nouvelles assemblées législatives, car il est clair, si l'on se réfère à la formule finale utilisée par le chef de l'Etat, que c'est ainsi qu'il a entendu manifester sa volonté législative.

Par ailleurs, il existe d'autres moyens de distinguer les actes constitutionnels et les lois ordinaires. Là encore, il s'agit de déterminer la volonté de leur auteur commun. Il n'existe aucune difficulté pour ce faire. Le premier texte constitutionnel émis par le Maréchal Pétain porte le titre « *Acte constitutionnel n°* 1 », vise la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 et abroge une loi constitutionnelle. Il s'agit d'une manifestation de volonté non équivoque. Or, les autres actes constitutionnels, s'ils ne visent pas tous la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 (49), n'en portent pas moins le titre « *acte constitutionnel* » et ils continuent le numérotage commencé.

En définitive, on doit continuer à distinguer la promulgation des lois ordinaires et leur publication. La promulgation demeure un acte juridique en raison de sa portée nouvelle, tandis que la publication est « un simple fait qui consiste « dans une insertion de la loi au *Journal officiel* » (50).

---

(49) L'acte constitutionnel n° 11 du 18 avril 1942 ne vise pas la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940.

(50) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, p. 439.

## § 3

### APPLICATION DU CRITÉRIUM

SOMMAIRE. — N° 114 : Précision du sujet.

I. — 115 : *Question préalable de la validité des errata insérés au Journal Officiel.* Position du problème. — 116 : Inopportunité du maintien de la solution traditionnelle.

II. — 117 : *Hypothèses de discordance des divers signes recognitifs de la loi.* — 1° Lois ne comportant ni la mention initiale ni la mention finale. — 118 : 2° Lois prises en Conseil des Ministres et promulguées, mais qui ne sont pas classées ou intitulées « *loi* ». — 119 : 3° Lois promulguées mais non délibérées en Conseil des Ministres. — 120 : 4° Actes délibérés en Conseil des Ministres, intitulés « *loi* » et classés comme tels, mais qui ne sont pas promulgués. — 121 : Conclusion sur l'application du critérium proposé.

114. — Plusieurs signes recognitifs de la loi ont ainsi été envisagés pour distinguer la loi du décret réglementaire. Sans doute, nous n'avons retenu que l'un d'eux comme critérium juridique, mais le Professeur G. Burdeau (1) estime que leur combinaison ne donne qu'une approximation, qui, si elle est suffisante pour la pratique, « peut sembler inélégante au théoricien », mais dont on doit néanmoins se contenter, « car elle est inhérente à ce caractère de la notion de loi d'être une notion formelle ».

De fait, ces signes peuvent ne pas concorder. Le cas s'est même fréquemment présenté et a pu dérouter l'interprète ou, du moins, les personnes non averties.

Ce n'est qu'en envisageant successivement les différentes hypothèses de discordance des signes recognitifs de la loi que l'on se rendra compte de la valeur du jugement décevant de M. G. Burdeau.

Il importe d'abord de résoudre la question préalable de la validité des *errata* insérés au *Journal officiel*.

---

(1) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 262.

## I. — QUESTION PRÉALABLE DE LA VALIDITÉ DES *ERRATA* INSÉRÉS AU *JOURNAL OFFICIEL*

115. — Le procédé regrettable des *errata* est venu s'implanter jusque dans le domaine qui nous intéresse. On peut citer entre autres un additif au *Journal officiel* du 25 avril 1941 (p. 1.758), qui a pour but de faire précéder de la mention « *Le Conseil des ministres entendu* », le dispositif de la loi du 22 avril 1941 (J. O. du 23, p. 1730), relative au Conseil Supérieur de l'Instruction publique. Le Professeur J. Laferrière dit (2) au sujet de cet additif : « Nous croyons « qu'un tel rectificatif anonyme, dont on ne sait de qui il « émane, dont on ne sait s'il se borne à réparer une erreur « d'impression ou s'il a modifié la minute de la loi, est sans « valeur. La loi n'existe que dans le texte revêtu de la signa- « ture du titulaire du pouvoir législatif » (3).

La controverse n'a il est vrai, dans le cas examiné, aucune importance, vu l'absence pratique de sanction à l'omission de ladite mention.

Par contre, elle revêt tout son intérêt à propos de la formule de promulgation. Le fait ne s'est pas produit, mais il convient de savoir ce qu'il adviendrait s'il se présentait un jour. D'ailleurs, un rectificatif inséré au *Journal officiel* du 1er octobre 1940 (p. 5.198), est venu supprimer la formule de promulgation qui avait été apposée au bas d'un acte du chef de l'Etat (4). Quelle est la valeur de cet *erratum* ?

116. — La question de la validité des *errata* dans leur ensemble a suscité en doctrine des opinions divergentes qu'il n'y a pas lieu de rappeler ici (5). Quant à la jurisprudence, elle était d'abord divisée, mais, depuis l'arrêt

---

(2) J. Laferrière, *op. cit.*, p. 178, note 2.

(3) Le Professeur J. Laferrière s'était déjà prononcé dans ce sens dans son ouvrage « *Le nouveau droit public de la France* », 1941, p. 16, *nota bene*.

(4) *Cf. supra*, n° 101, *in fine*.

(5) *Cf.* Ch. Rousseau, note au S., 1934, 1, 257 sous l'arrêt ci-après.

de la Cour de Cassation en date du 18 décembre 1933 (6), elle a décidé à maintes reprises qu'un *erratum* n'est juridiquement valable que s'il se borne à rectifier une erreur purement matérielle et suffisamment apparente.

M. G. Liet-Veaux (7) propose d'atténuer à l'heure actuelle la rigueur de cette solution. Il envisage d'accorder force obligatoire aux rectificatifs « qui sont censés traduire plus « fidèlement la pensée du chef de l'Etat ».

A la vérité, la seule question qui nous intéresse est celle de la force obligatoire des *errata* touchant aux signes recognitifs de la loi. M. G. Liet-Veaux fait allusion à ceux qui viennent ajouter à un acte du chef de l'Etat la mention « *Le Conseil des ministres entendu* ». Par contre, il ne parle pas des rectificatifs portant sur la formule de promulgation. Vu la position qu'il adopte à l'égard de celle-ci, il n'y a pas lieu d'en être surpris, mais, pour nous, c'est là le point intéressant.

Deux cas sont à envisager. Tout d'abord, un rectificatif peut, comme dans l'exemple déjà cité (8), supprimer la formule de promulgation qui conférait une portée législative à un acte du chef de l'Etat. A notre sens, il faut admettre la valeur juridique de cet *erratum*. En effet, de deux choses l'une : ou l'erreur a été commise par l'Administration du *Journal officiel* et alors il n'y a aucun motif de s'en tenir à la publication primitive ; ou la formule de promulgation figure effectivement dans la minute de la loi, mais ce ne peut être que par suite d'une erreur matérielle, car on n'apercevrait pas le but de l'*erratum* si l'acte n'avait pu légalement intervenir en forme de décret règlementaire. Dans ce dernier cas, il ne peut s'agir en réalité que d'un acte contenant des dispositions qu'il était superflu de prendre par la voie législative. D'ailleurs, un *erratum* de ce genre ne peut avoir aucune répercusion fâcheuse pour les

(6) Cass. civ. 18 décembre 1933, Administration des Douanes.
(7) G. Liet-Veaux, *op. cit.*, n° 313.
(8) *Cf. supra*, n° 115, *in fine*.

gouvernés, attendu qu'il permet au contraire de soumettre l'acte en cause à un contrôle juridictionnel auquel il eût échappé dans la conception opposée.

La question se présente différemment lorsqu'un *erratum* — l'hypothèse est jusqu'à présent théorique — vient ajouter à un décret la formule de promulgation des lois. En attribuant force obligatoire à un tel additif, on confère à ce décret la valeur législative et on le soustrait par là même à toute critique contentieuse. Nous pensons devoir opter néanmoins pour cette solution.

Il ne s'agit plus à l'heure actuelle d'assurer le respect de la procédure constitutionnelle de confection des lois. Le sort de celles-ci ne dépend pas d'un vote concordant des deux Chambres, mais seulement de la volonté d'un organe *unique* qui cumule les pouvoirs législatif et exécutif. En effet, si l'on se place sur le terrain juridique, c'est le chef de l'Etat qui fait seul la loi : la délibération en Conseil des ministres n'a qu'un rôle secondaire, ainsi que M. G. Liet-Veaux (9) l'avoue lui-même, malgré l'importance juridique qu'il lui attribue par ailleurs (10).

Sans doute, on peut objecter qu'il n'y a dans ces conditions aucune raison de ne pas admettre dans tous les cas la validité des *errata* aux décrets. Toutefois, il faut observer que le principe légal de la non rétroactivité s'oppose à ce que la solution proposée pour les lois actuelles soit étendue aux décrets. En effet, pour ceux-ci, un *erratum* qui ne se bornerait pas à réparer une erreur manifestement matérielle, aurait illégalement une portée rétroactive.

La solution proposée a été écartée par le Tribunal de commerce de Roanne (11) et par la Cour d'Appel de Dijon (12), mais la Cour de Cassation n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer.

---

(9) G. Liet-Veaux, *op. cit.*, p. 419.
(10) *Cf. supra*, n° 108.
(11) Trib. de Comm. de Roanne, 2 avril 1941, Fayolle (D. A., 1941, J., 271).
(12) Cour d'Appel de Dijon, 2 juillet 1943, X... (D. A., 1943, J. 79).

Quoi qu'il en soit, il faut bien reconnaître que l'additif envisagé ne modifie nullement la teneur de l'acte complété, mais a simplement pour effet de le soustraire à un contrôle juridictionnel. Au surplus, le chef de l'Etat peut, en tout état de cause, éluder aisément la difficulté en prenant une loi rétroactive qui aura la même portée que l'*erratum* dont on contesterait la validité. Il est dans ces conditions plus simple d'admettre tout de suite la solution ici préconisée, qui semble pouvoir être adoptée sans difficulté depuis 1940, du moins à l'égard des lois.

## II. — HYPOTHÈSES DE DISCORDANCE DES DIVERS SIGNES RECOGNITIFS DE LA LOI

117. — La question des *errata* étant mise à jour dans la mesure nécessaire, il est maintenant possible d'envisager les différentes hypothèses de discordance des divers signes recognitifs de la loi. Ces hypothèses ne sont d'ailleurs pas purement théoriques, à tel point qu'elles peuvent être classées d'après les constatations faites à la lecture du *Journal officiel*.

En premier lieu, un acte du chef de l'Etat peut porter le titre de loi et être classé comme tel au *Journal officiel* sans toutefois comporter la mention initiale de délibération en conseil des ministres, ni une formule de promulgation. Ce cas invraisemblable s'est présenté dans la « loi » susvisée du 2 novembre 1940 (*J. O.* du 3, p. 5.538), limitant le temps de position « hors cadres » des fonctionnaires de l'administration préfectorale. Conformément aux conclusions dégagées (13), un tel acte ne peut valoir qu'à titre de décret règlementaire. Il n'a donc pu légalement modifier le décret-loi du 5 mai 1934 et il est susceptible à ce titre de critique contentieuse.

Cette situation peut paraître rigoureuse si on la compare à celle des périodes révolutionnaires de 1848, de 1851-1852 et de 1870-1871, à la suite desquelles un décret semblable aurait été classé comme législatif, bien qu'à ces époques le

(13) *Cf. supra*, n°s 111 et 112.

chef de l'Exécutif n'exerçait le pouvoir législatif qu'en fait et non en droit comme le chef de l'Etat actuel. Mais, c'est précisément parce que nous sommes dans une période légale que celui-ci doit se conformer à des conditions *minima* de légalité.

118. — En second lieu, des actes portant la mention initiale « *Le Conseil des ministres entendu* » et une formule de promulgation peuvent être, par contre, soit intitulés « *décret* » — tel le « décret » susvisé du 15 octobre 1940 (14) —, soit publié au *Journal officiel* sous la rubrique des décrets. On peut même imaginer la combinaison de ces deux hypothèses : le cas s'est présenté dans le décret susvisé du 24 avril 1941 (*J. O.* du 29, p. 1.823), relatif à la création de colombiers de pigeons-voyageurs, qui a été, il est vrai, changé de catégorie et intitulé « *loi* » par un rectificatif inséré au *Journal officiel* du 8 mai 1941 (p. 1.953).

De tels actes ont évidemment force de loi. La volonté du chef de l'Etat est en effet manifeste et s'est révélée dans des formes juridiquement correctes. Il n'y a pas lieu de s'attacher aux erreurs de cette nature, même si par hasard elles se cumulent, l'une et l'autre n'ayant aucune importance juridique. En effet, l'emplacement au *Journal officiel* n'est qu'une indication purement matérielle (15). Quant au terme « *décret* » — indépendamment du fait que le titre des actes du chef de l'Etat ne fournit pas un critérium certain de leur distinction (16) — il faut se souvenir qu'il s'applique, selon la terminologie traditionnelle, à tous les actes du chef de l'Exécutif.

119. — Il se peut en troisième lieu qu'une loi régulièrement promulgée n'ait pas néanmoins été délibérée en conseil des ministres. Elle ne sera pas pour autant inexistante (17).

---

(14) *Cf. supra*, n° 101.
(15) *Ibid.*
(16) *Cf. supra*, n° 102.
(17) *Cf. supra*, n° 107.

Par contre, elle sera entachée d'un vice de forme, qui demeurera cependant dépourvu de sanction en l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois (18).

Ces lois irrégulières en la forme — elles sont encore assez nombreuses (19) — pourront donc en pratique être appliquées comme les autres lois.

120. — Enfin, un problème délicat se pose lorsqu'un acte n'est pas terminé par une formule de promulgation, bien qu'il soit par ailleurs intitulé « *loi* », classé comme tel et délibéré en conseil des ministres.

Il existe trois actes répondant à cette hypothèse. Ce sont :

— la « loi » du 17 septembre 1940 (*J. O.* du 19, p. 5.067) établissant les sanctions relatives aux infractions commises en matière de cartes d'alimentation, qui édicte des peines d'amende et d'emprisonnement et permet à l'autorité administrative de confisquer des marchandises et de fermer des établissements commerciaux ;

— la « loi » du 3 octobre 1940 (*J. O.* du 5 novembre 1940, p. 5.567) dont le seul objet est de modifier le décret-loi du 25 août 1937 sur les encouragements à la construction immobilière ;

— la « loi » du 23 août 1941 (*J. O.* du 31, p. 3.678) réprimant par des peines de réclusion la désertion des marins du commerce et de la pêche.

Dans la logique de notre système, de tels actes ne peuvent avoir force de loi. En effet, d'une part, nous n'avons attribué aucun rôle décisif à la qualification de l'acte, ni à sa place au *Journal officiel*. D'autre part, la mention initiale « *Le Conseil des ministres entendu* » ne fournit pas un critérium certain de l'existence de la loi.

La question est cependant embarrassante. On se trouve en présence d'actes qui touchent au domaine législatif et se qualifient parfois eux-mêmes de « *loi* » dans leur dispositif.

---

(18) *Cf. supra*, n°s 18 et 107.
(19) *Cf. supra*, n° 106.

Il est vrai que le fait que ces actes portent atteinte à des dispositions législatives ne constitue pas une raison suffisante pour leur attribuer la nature de loi, car, dans ces conditions, il n'aurait jamais pu y avoir de règlements illégaux depuis 1940. Or, l'hypothèse ne doit pas être exclue et ne l'a été, du moins à notre connaissance, par aucun auteur.

Par contre, ne peut-on voir dans l'expression « *la présente loi* », parfois utilisée dans le corps du texte, une manifestation suffisante de la volonté législative du chef de l'Etat ? Cela ne semble pas possible, vu la nécessité de la promulgation (20).

Pour M. G. Liet-Veaux (21), il s'agit de hiérarchiser l'autorité de la mention initiale et celle de la formule terminale. Cet auteur rapporte inexactement (22) que, selon M. J. Laferrière, l'absence de l'une des deux mentions rend la loi inexistante, alors que l'éminent professeur n'admet cette solution qu'à l'égard de la mention initiale (23), le défaut de promulgation ayant seulement pour effet, d'après lui, de ranger l'acte parmi les décrets réglementaires (24).

Après avoir montré à raison que cette solution de l'inexistence est susceptible d'engendrer un bouleversement des situations acquises, M. G. Liet-Veaux déclare que la délibération en conseil des ministres est une garantie constitutionnelle plus importante que la promulgation, « qui ne « garantit aujourd'hui plus rien ». Cette affirmation est exacte sur le plan politique, mais elle n'a aucune valeur au point de vue juridique, attendu que l'absence de délibération en conseil des ministres n'est qu'un vice de forme dépourvu de sanction, tandis que la promulgation est nécessaire à la perfection de l'acte en tant que loi.

En outre, cet auteur ne précise pas comment on reconnaîtra une loi. Sans doute, il propose de se référer à la matière traitée et de considérer par exemple comme légis-

---

(20) *Cf. supra,* n°s 111 et 112.
(21) G. Liet-Veaux, op. cit., n° 306 *in fine.*
(22) *Ibid.,* n° 307.
(23) J. Laferrière, *op. cit.,* p. 174.
(24) *Ibid.,* p. 178.

latif un décret modifiant une loi ancienne, « serait-il mal « intitulé, publié dans la mauvaise rubrique et mal terminé, « pourvu que le conseil des ministres ait été entendu ». Toutefois, ce critérium, s'il a été adopté pour opérer le classement des décrets des périodes révolutionnaires, ne vaut plus à l'heure actuelle où le chef de l'Etat peut élargir le domaine de la loi. Finalement, M. G. Liet-Veaux aboutit à une impasse et ne peut fournir un critérium précis de la loi.

De son côté, M. A. Leriche (25) considère que l'absence de promulgation constitue un vice de forme. Cette opinion est également insoutenable, car le vice de forme implique l'existence de l'acte. Or, à l'heure actuelle, une loi non promulguée n'est pas une loi parfaite, n'existe pas en tant que loi. Elle ne peut valoir que comme décret réglementaire, au risque de critique contentieuse en cas de contrariété de ses termes avec un texte législatif.

Si le défaut de promulgation était simplement un vice de forme, il serait dépourvu de sanction en l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois. Il est vrai que les auteurs qui admettent ce contrôle depuis 1940 peuvent aboutir en pratique à la conclusion ici adoptée, à savoir qu'un acte du chef de l'Etat ne peut être appliqué comme loi que s'il est promulgué.

121. — Dans la théorie proposée, il est donc possible de distinguer la loi et le règlement. Est loi tout acte du chef de l'Etat dont il a, en des termes quelconques, *prescrit l'exécution au titre de « loi »*, même si la formule de promulgation utilisée à cet effet a été publiée au *Journal officiel* sous forme d'additif. Est décret réglementaire tout acte général du chef de l'Etat qu'il n'a pas promulgué pour valoir comme « loi de l'Etat ».

C'est là un critérium simple, précis, juridique, qui a une base essentiellement formelle.

---

(25) A. Leriche, *op. cit.*, p. 167.

## Section II

## INTÉRÊTS DE LA DISTINCTION

122. — Au premier abord, la distinction de la loi et du décret réglementaire peut sembler présenter moins d'intérêts depuis juillet 1940 en raison de la confusion organique des pouvoirs législatif et réglementaire. Nous avons vu qu'elle est néanmoins demeurée juridiquement possible. Il importe maintenant de déterminer si elle n'existe que dans le domaine de la théorie ou si, au contraire, elle a des répercussions d'ordre pratique.

Au seuil de cette étude, nous avons déjà entrevu que la discrimination entre les actes du chef de l'Etat était susceptible d'avoir une influence sur les actes étatiques de trois périodes : la période antérieure à juillet 1940, celle postérieure à cette époque et enfin la période qui suivra la mise en vigueur de la constitution future.

S'il en est ainsi, la distinction des lois et décrets réglementaires émis en vertu de l'acte constitutionnel n° 2, non seulement ne présente pas qu'un intérêt purement théorique, mais déborde même la période où ces actes sont intervenus. Ce n'est pas surprenant si l'on se rappelle la nécessité d'assurer « la continuité du droit interne ».

### § 1er

### RÉPERCUSSIONS DE LA DISTINCTION SUR LES ACTES ANTÉRIEURS A JUILLET 1940

SOMMAIRE. — N° 123 : Compétence pour modifier ou abroger les actes antérieurs à juillet 1940. — 124 : Ratification des décrets-lois antérieurs. — 125 : Portée actuelle de l'unique loi de pleins pouvoirs encore en vigueur. — 126 : Difficultés inhérentes à une différence possible d'étendue du pouvoir réglementaire avant et après 1940. — 127 : Conséquences du transfert constitutionnel dans le domaine du pouvoir réglementaire de matières réservées au pouvoir législatif par les lois de 1875. — 128 : Conclusion.

123. — Sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875, la distinction de la loi et du règlement était facile si l'on restait sur le terrain du droit positif. Ces actes se

reconnaissaient à leur auteur, sauf à réserver la question de la nature des « décrets-lois » intervenus fréquemment à la fin du régime (1).

Or, depuis juillet 1940, c'est le même organe qui réunit les compétences législative et réglementaire. Il convient donc de déterminer comment peuvent être modifiés ou abrogés les lois du Parlement et les décrets réglementaires du Président de la République.

A première vue, il semble suffisant de dire que le chef de l'Etat ne peut toucher à une loi parlementaire qu'en exercice de son pouvoir législatif et qu'il lui est loisible, par contre, d'agir seulement dans l'exercice de son pouvoir réglementaire pour porter atteinte aux règlements du Président de la République. En effet, « cette limite entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir législatif continue d'exister, malgré « que tous les deux soient maintenant réunis entre les mains « du chef de l'Etat. Si l'acte constitutionnel n° 2 a attribué « le pouvoir législatif au chef de l'Etat, c'est précisément « parce que son pouvoir réglementaire est limité... » (2).

124. — La réalité n'est pas aussi simple. On a d'abord discuté la question de savoir si le chef de l'Etat peut, par l'exercice de son pouvoir législatif, ratifier les décrets-lois pris avant 1940 en vertu des lois parlementaires dites de « pleins pouvoirs ».

Ce problème a déjà été résolu par l'affirmative (3) et il n'y a pas lieu d'y revenir. Il importait néanmoins de rappeler la solution proposée, afin de montrer qu'à cet égard il est indispensable de pouvoir distinguer à coup sûr une loi d'un décret réglementaire.

125. — On peut aussi se demander quelle est la portée actuelle de l'unique loi parlementaire de « pleins pouvoirs » qui soit encore en vigueur. Il s'agit de l'article 36 de la loi

(1) *Cf. infra*, n°s 247 et ss.
(2) J. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, p. 171.
(3) *Cf. supra*, n° 26.

du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la nation en temps de guerre (rédaction de la loi du 8 décembre 1939), qui permet au Gouvernement, pendant la durée des hostilités — donc encore à l'heure actuelle — de prendre par simples décrets en conseil des ministres, toutes mesures urgentes nécessitées par la Défense Nationale, à la condition de soumettre ces décrets à la ratification parlementaire dans le mois de leur émission ou dès la première réunion des Chambres. Un règlement du chef de l'Etat intervenu dans ces conditions peut-il, par application de ce texte, toucher à des lois antérieures ?

Il n'existe à cela aucun obstacle juridique, malgré l'ajournement indéfini des Chambres. Le procédé serait abusif au point de vue politique si le chef de l'Etat ne cumulait pas tous les pouvoirs, mais il serait en tout état de cause juridiquement correct.

Il faut bien reconnaître d'ailleurs que cette disposition exceptionnelle du temps de guerre a perdu définitivement tout intérêt, car il est probable que le chef de l'Etat conservera l'exercice du pouvoir législatif jusqu'à la fin des hostilités.

126. — Des difficultés peuvent également surgir à propos des décrets réglementaires du Président de la République. En effet, sous l'empire de la Constitution de 1875, une certaine doctrine déjà examinée (4) considérait le règlement présidentiel comme un acte de pure exécution des lois. En adoptant cette théorie, la question se pose de savoir si un règlement *præter legem*, par conséquent illégal, qui n'a pas néanmoins fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et a donc en fait subsisté, peut maintenant être confirmé ou modifié par un simple règlement du chef de l'Etat.

Il faut sans aucun doute répondre par l'affirmative, même si on juge que ce règlement présidentiel était illégal. En effet,

---

(4) *Cf. supra,* n°s 85 et ss.

la validité des règlements *præter legem* ne paraît plus pouvoir être discutée à l'heure actuelle, si on interprète la formule traditionnelle de l'article 1er, § 3, de l'acte constitutionnel n° 2 en tenant compte de l'esprit autoritaire du régime et de la portée générale de la disposition liminaire de l'article 1er du même acte (5).

Pour les partisans de la théorie susvisée, il y a eu en quelque sorte « délégalisation » des matières qu'ils ne consentaient pas à placer dans le domaine réglementaire. Une loi ordinaire pouvant toujours « délégaliser » une matière, à plus forte raison faut-il reconnaître la même faculté à l'acte constitutionnel n° 2, qui a opéré, s'il est besoin, cette « délégalisation », en permettant de dissiper les doutes qui pouvaient exister auparavant quant à l'étendue du pouvoir réglementaire.

Ainsi, un décret réglementaire peut, à l'heure actuelle, confirmer ou modifier tout règlement du Président de la République qui ne statuait pas *contra legem*, même s'il pouvait être considéré lors de son émission comme illégal parce que n'intervenant pas *secundum legem*. Ce point est intéressant pour apprécier la régularité des règlements actuels qui touchent à des règlements antérieurs dont la légalité était douteuse, du moins dans une certaine doctrine, mais qui n'avaient pas eu l'occasion de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

127. — Il est encore intéressant de pouvoir distinguer la loi et le règlement si le chef de l'Etat ne peut modifier ou abroger certains actes antérieurs à 1940 qu'en empruntant la forme des décrets réglementaires. Cela peut paraître surprenant puisqu'il a la plénitude du pouvoir législatif et peut ainsi élargir le domaine de la loi au détriment de celui du règlement. Toutefois, des matières qui étaient réservées au Parlement ont été transférées par l'acte constitutionnel n° 2 au chef de l'Etat en tant qu'autorité

(5) *Cf. supra*, n° 71.

administrative et non en sa qualité temporaire d'organe législatif. Il en est ainsi du droit d'amnistie, que le chef de l'Etat conservera après la formation des nouvelles assemblées législatives, sous réserve de la teneur de la future constitution.

Il faut, dans ces conditions, déterminer comment une loi parlementaire d'amnistie a pu, depuis juillet 1940, être modifiée ou abrogée. Un cas de ce genre s'est présenté : une loi du 9 juillet 1941 (*J. O.* du 10, p. 2887) est venue abroger certaines dispositions de l'article 5 de la loi du 12 juillet 1937 portant amnistie. Le chef de l'Etat était-il obligé de prendre son acte en forme de loi ou bien devait-il lui donner le caractère de décret réglementaire ou bien encore pouvait-il agir indifféremment d'une manière ou de l'autre ?

*A priori*, on est tenté de dire que le chef de l'Etat ne peut abroger que sous la forme d'une loi une amnistie votée par le Parlement, étant donné que la matière rentrait dans le domaine législatif sous l'égide de la Constitution de 1875. Cette interprétation est consacrée par la loi susvisée du 9 juillet 1941, mais elle n'en est pas moins critiquable, car l'acte constitutionnel n° 2 a « délégalisé » les lois d'amnistie.

Ainsi le chef de l'Etat pouvait abroger la loi du 12 juillet 1937 par un simple règlement, mais, était-il tenu de le faire sous cette forme ? Certes, il peut juridiquement et pratiquement réduire à néant le domaine de son pouvoir réglementaire, mais, peut-il le faire à l'encontre de dispositions constitutionnelles expresses ? En principe, on doit répondre par la négative. Toutefois, il faut bien reconnaître que l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois enlève tout intérêt pratique à cette solution.

En somme, le chef de l'Etat pouvait modifier par décret réglementaire une loi parlementaire d'amnistie, mais, l'ayant fait en empruntant la voie législative, son acte est inattaquable.

128. — Finalement, le chef de l'Etat doit agir dans l'exercice de son pouvoir législatif s'il touche à une loi parlementaire ou à un « décret-loi ». Par contre, il peut, par

la voie du décret réglementaire, modifier ou abroger, soit naturellement les règlements présidentiels statuant *secundum legem*, soit les règlements présidentiels intervenus *præter legem*, soit enfin les lois parlementaires portant sur des matières « délégalisées » par les actes constitutionnels.

Il importe donc au plus haut point de déterminer d'une manière certaine à quel titre le chef de l'Etat a statué, afin de savoir s'il a pu valablement porter atteinte à des lois et règlements intervenus sous l'empire de la Constitution de 1875. C'est le seul moyen pour les citoyens de vérifier la légalité des décisions concrètes qui leur sont appliquées et pour le Conseil d'Etat d'apprécier le bien-fondé du recours pour excès de pouvoir dont il peut être saisi à cette occasion.

## § 2

### INTÉRÊTS DE LA DISTINCTION QUANT AUX ACTES INTERVENUS SOUS L'EMPIRE EXCLUSIF DE L'ACTE CONSTITUTIONNEL N° 2.

SOMMAIRE. — N° 129 : Aperçu de la question. — 130 : Différence de portée de la loi et du règlement; généralités. — 131 : Forme dans laquelle doivent intervenir les actes du chef de l'Etat; actes devant être pris en forme législative. — 132 : Certains actes doivent-ils obligatoirement être pris en forme de règlement ? — 133 : Application du principe de la non-rétroactivité. — 134 : Compétence en matière d'interprétation des actes. — 135 : Intérêts éventuels de la distinction en ce qui concerne l'avenir de la responsabilité de la puissance publique. — 136 : Intérêts de la distinction pour le jeu du contrôle de la légalité. — 137 : Contrôle direct de la légalité. — 138 : Contrôle indirect. — 139 : Critique de l'opinion de M. A. Leriche.

129. — Il importe de distinguer parmi les actes du chef de l'Etat ceux qui ont la qualité de loi et ceux qui ne sont que des décrets réglementaires, car la distinction a conservé les mêmes intérêts que sous le régime constitutionnel de 1875.

Il serait trop long de montrer l'importance de cette distinction avant 1940. Le sujet a d'ailleurs suscité une littérature déjà suffisamment abondante.

Il suffit donc de rappeler rapidement ses intérêts, afin de rechercher notamment s'il existe des particularités nouvelles depuis l'acte constitutionnel n° 2.

130. — Les notions de loi et de règlement dégagées au cours de cette étude mettent nettement en relief la différence de portée de ces actes. Ainsi que l'observe M. J. Laferrière (1), la question de leur distinction est de première importance.

Si un acte du chef de l'Etat vaut comme loi en vertu de sa formule finale de promulgation, il est soumis au régime de la loi tel qu'il existe dans notre droit. Il peut notamment disposer en toute matière sans avoir à respecter des textes antérieurs.

Par contre, si un acte a le caractère réglementaire, il ne peut statuer *contra legem* et ne doit pas sortir du domaine qui lui a été abandonné par le législateur.

131. — Le chef de l'Etat ne peut ainsi modifier ses propres actes en une forme quelconque, d'où la nécessité de savoir à quel titre il a statué, afin de déterminer s'il a pu valablement revenir sur sa décision.

En premier lieu, il n'y a aucun doute que le chef de l'Etat doive prendre par la voie législative certaines dispositions, indépendamment de celles ayant trait à la modification ou à l'abrogation des actes antérieurs à 1940.

Tout d'abord, il va de soi que, lorsque le chef de l'Etat a conféré à l'un de ses actes la portée législative, il ne peut plus désormais le modifier ou l'abroger que dans la même forme.

D'autre part, certaines matières sont réservées à la loi par les actes constitutionnels. Il en est ainsi, conformément à l'article 2 de l'acte constitutionnel n° 5 du 30 juillet 1940, de

(1) J. Laferrière, *op. cit.*, p. 172.

l'organisation et de la compétence de la Cour suprême de Justice, ainsi que de la procédure à suivre devant cette juridiction.

De même, l'article 1er, § 2, de l'acte constitutionnel n° 2, après avoir conféré au chef de l'Etat l'exercice du pouvoir législatif dans certains cas, ajoute : « Dans les mêmes cir- « constances, il peut édicter toutes dispositions d'ordre bud- « gétaire ou fiscal. » (2). Ce texte a-t-il eu pour effet de réserver au domaine législatif les dispositions financières ? Dans l'affirmative, il faudrait logiquement en déduire que le chef de l'Etat ne peut transférer de telles matières dans le domaine du pouvoir réglementaire, à peine d'inconstitutionnalité, dépourvue il est vrai de sanction.

Il semble plutôt que l'acte constitutionnel n° 2 ait voulu souligner par là que le chef de l'Etat peut décider seul en matière financière, contrairement à une tradition qui remonte à l'ancien régime. A la vérité, la disposition susvisée n'a qu'une signification politique, car elle est juridiquement superfétatoire.

132. — Si le chef de l'Etat doit obligatoirement statuer en forme de loi dans certains cas, il paraît à première vue invraisemblable qu'il ne puisse le faire en toute matière, qu'il doive autrement dit prendre certaines dispositions par voie de décrets réglementaires.

A la vérité, la question ne se pose que pour les matières que les actes constitutionnels réservent au chef de l'Etat en dehors de l'exercice de son pouvoir législatif, attendu qu'il n'existe pas de matières réglementaires par nature (3).

La question de l'amnistie réapparaît alors à un autre point de vue. Le chef de l'Etat a le droit de prendre une amnistie par décret, mais peut-il le faire par un acte législatif ?

M. A. Leriche (4) pense qu'un « décret législatif » se comprendrait difficilement, la matière ayant été retirée du

(2) *Cf. supra*, n° 51.
(3) *Cf. supra*, n°s 91 et 92.
(4) A. Leriche, *op. cit.*, p. 155.

domaine législatif, mais il ne prend pas nettement position. Il faut affirmer qu'une loi d'amnistie empiéterait sur les pouvoirs réservés à l'Exécutif par l'article 1er, § 6, de l'acte constitutionnel n° 2 et serait de ce fait inconstitutionnelle, mais inattaquable. Il en résulte que le législateur peut impunément violer les textes constitutionnels qui réservent certaines matières à l'Exécutif. Cela n'a rien de surprenant dans la conception française de la loi, qui attribue à celle-ci dans l'ordonnancement juridique la place d'un acte statutaire n'étant même pas tenu en fait au respect de la constitution.

133. — Les lois et les règlements ont encore une différence de portée en ce qui concerne l'application du principe de non-rétroactivité posé par l'article 2 du Code civil.

Cette règle est demeurée en dehors des textes constitutionnels et le législateur peut en conséquence y déroger, ainsi qu'il l'a d'ailleurs fait à plusieurs reprises depuis juillet 1940.

Par contre, les décrets réglementaires doivent respecter ce principe légal au même titre que toute disposition législative (5), sauf dérogation prévue par la loi elle-même.

Il est donc nécessaire de pouvoir déterminer si le chef de l'Etat a pris une loi ou un règlement, afin d'apprécier la régularité de ses décisions rétroactives.

134. — La distinction de la loi et du règlement présente également un intérêt lorsqu'il s'agit de déterminer les autorités compétentes pour interpréter chacun de ces actes.

Une jurisprudence ferme, à laquelle l'arrêt Septfonds (6) n'a pas porté atteinte, reconnaît aux tribunaux de tous ordres le pouvoir d'interpréter les règlements dans la mesure nécessaire pour rendre leur sentence. Il n'y a donc à ce sujet

---

(5) Conseil d'Etat, 25 avril 1941, Benoît (Recueil Lebon, p. 67).
(6) *Cf. infra*, n° 138.

aucun intérêt à opérer une discrimination entre les lois et les règlements, que les tribunaux peuvent indistinctement interpréter.

Par contre, l'interprétation proprement dite des règlements appartient au Conseil d'Etat (7), par dérogation à la règle « *Ejus est interpretari cujus est condere* », tandis que l'organe législatif interprète lui-même ses actes par des lois dites interprétatives, dont l'effet remonte à la date de mise en vigueur de la loi initiale.

Un décret réglementaire ne peut donc interpréter un règlement antérieur, en ce sens du moins qu'il ne rétroagit pas à la date de l'acte primitif comme une loi interprétative. On ne peut en conséquence obtenir une interprétation officielle d'un décret réglementaire qu'en suscitant un procès, attendu que le recours en interprétation devant le Conseil d'Etat ne peut être intenté qu'à l'occasion d'un litige né et actuel (8), et encore convient-il d'observer qu'une telle interprétation est limitée à l'affaire en cause.

C'est une infériorité du règlement vis-à-vis de la loi, dont on peut voir la cause dans le principe légal de la non-rétroactivité : il ne faut pas qu'un décret réglementaire puisse statuer rétroactivement sous prétexte d'interpréter un règlement antérieur. Là encore, il y a intérêt à pouvoir distinguer facilement la loi du règlement, afin de savoir comment ils peuvent respectivement être interprétés.

135. — En outre, il est possible que la distinction de la loi et du règlement joue dans un avenir prochain un rôle dans l'importante matière de la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique.

En l'état actuel de la jurisprudence, la puissance publique n'est pas responsable des dommages causés aux gouvernés du fait des lois et des règlements (9), du moins dans le

(7) F. Moreau, *op. cit.*, pp. 272 et ss.
(8) L. Rolland, *op. cit.*, p. 294.
(9) P. Duez, *La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat*, 2e édition, 1938, pp. 201 et ss.

silence de ces actes. Si le Conseil d'Etat a admis récemment la responsabilité de l'Etat à raison de l'application d'une loi (10), il faut y voir, moins un revirement catégorique de jurisprudence qu'un espoir de changement de face du « problème de la responsabilité de l'Etat législateur ».

Toutefois, le Doyen Duez (11), en envisageant l'avenir de la responsabilité de la puissance publique dans ce domaine, remarque que la responsabilité à raison d'un règlement illégal pourra jouer dès que le Conseil d'Etat aura adopté une nouvelle conception du principe de l'égalité des individus devant les charges publiques et cessé d'exiger le caractère spécial du préjudice.

Par contre, même avec cette notion revisée de préjudice, la « loi illégale » ne pourrait engendrer la responsabilité de l'Etat, sans que soit auparavant admis le contrôle de la constitutionnalité des lois. Or, il n'y a aucune chance que le Conseil d'Etat se départisse de sa prudence à cet égard. Au contraire, vu l'évolution rapide de la jurisprudence en matière de responsabilité, on peut espérer que le Conseil d'Etat revise dans un avenir plus proche une notion de préjudice qu'il a lui-même forgée.

La seule perspective de ce revirement jurisprudentiel suffit à montrer qu'il y a intérêt à cet égard à distinguer dès maintenant les lois et les règlements du chef de l'Etat.

136. — La distinction de la loi et du règlement présente enfin un intérêt — ce n'est pas le moindre — en ce qui concerne le jeu du contrôle de la légalité.

De la différence de portée qui continue d'exister entre ces actes, il résulte que si la loi peut, en l'état actuel du droit français, intervenir impunément en toute matière, même réservée par la constitution aux lois constitutionnelles ou aux décrets réglementaires, ceux-ci ne peuvent, par contre, agir *contra legem*. Non seulement ils ne peuvent aller à

(10) P. Duez, *op. cit.*, pp. 206 et 207.
(11) *Ibid.*, pp. 209 et ss.

l'encontre des lois existantes, mais, en outre, ils sont, à la différence des lois, effectivement tenus au respect de la constitution.

Il existe un contrôle juridictionnel de cette subordination du règlement. Il importe donc au plus haut point de pouvoir distinguer les actes du chef de l'Etat qui ont le caractère de règlements et sont ainsi susceptibles de subir ce contrôle, qui s'exerce d'une double manière.

137. — Tout d'abord, il existe en droit français un procédé de contrôle direct de la légalité des règlements. C'est le recours pour excès de pouvoir, qui est porté devant le Conseil d'Etat et aboutit à l'annulation *erga omnes* du décret reconnu illégal. Il s'agit là d'une garantie précieuse pour les administrés, tant par sa souplesse que par son efficacité, et qui joue aussi bien pour inconstitutionnalité que pour illégalité ordinaire.

Ce contrôle direct, tous les règlements du chef de l'Etat y sont soumis au même titre que les règlements du Président de la République (12).

138. — Au surplus, l'application des règlements qui empiètent sur le domaine de la constitution ou de la loi peut être neutralisée devant les tribunaux au moyen de l'exception d'illégalité, qui a l'avantage de pouvoir être invoquée à tout moment, mais est, par contre, d'un maniement compliqué, l'application de la règle de la séparation des autorités administratives et judiciaires étant des plus délicates.

Sans doute, ce moyen est toujours recevable devant les tribunaux administratifs, — à moins qu'il ne soulève une question d'état, de domicile ou de nationalité —, mais son utilisation devant les tribunaux judiciaires a suscité de vives controverses qui ne paraissent pas encore éteintes.

---

(12) J. Laferrière, *op. cit.*, p. 170, *in fine*.

En matière répressive, il ne fait aucun doute que l'exception puisse être soulevée, étant donné que l'article 471, § 15, du Code pénal permet aux tribunaux judiciaires de sanctionner les règlements « *légalement faits* » par l'autorité administrative, ce qui implique l'appréciation préalable de la légalité de ces règlements. Or, cette solution a été étendue par la jurisprudence et la doctrine à tous les règlements en matière pénale (13).

Par contre, en matière non répressive, la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative ne sont pas d'accord. La Cour de Cassation distingue les actes administratifs spéciaux et les actes réglementaires, pour reconnaître aux tribunaux judiciaires le pouvoir de contrôler la légalité de ces derniers. Au contraire, le Conseil d'Etat estime qu'il doit, dans ce cas également, être saisi de la question préjudicielle de légalité (13).

Le débat a été porté devant le Tribunal des Conflits, qui a estimé dans son arrêt Septfonds (13) que les tribunaux judiciaires ne peuvent, sauf cas prévus par les textes ou en matière d'état et de capacité, apprécier la légalité des règlements en matière non répressive — ce qui impliquerait le refus de les appliquer —, tandis qu'il leur est loisible de les interpréter, ceci rentrant dans le cadre de l'application.

Cette « demi-mesure » — selon l'expression du Doyen Hauriou (14) —, n'est pas entièrement satisfaisante en raison des complications de procédure qu'elle laisse subsister. Aussi, la jurisprudence « parcimonieuse » de l'arrêt Septfonds ne semble pas s'être imposée d'une manière définitive (15).

---

(13) *Cf.* conclusions du commissaire du Gouvernement P. MATTER sous Tribunal des Conflits, 16 juin 1923, Septfonds (2 arrêts) (D. P. 1924, 3, 41) (S., 1923, 3, 49 et la note M. Hauriou).
Note de M. A. MESTRE au S. 1940, 1, 1, sous Cass. crim., 22 février 1939, arrêt Aubert et arrêt Grüneberg.

(14) M. HAURIOU, note précitée au S., 1923, 3, 49.

(15) *Cf.* la note précitée de M. A. MESTRE au S. 1940, 1, 1.

Toutefois, ce qu'il importe de retenir ici, c'est que la légalité des règlements du chef de l'Etat peut toujours être soulevée d'une manière ou d'une autre, tandis que les lois sont insusceptibles de critique contentieuse, même par voie d'exception.

139. — Il est vrai que M. A. Leriche (16) se demande si les lois du chef de l'Etat ne peuvent pas faire également l'objet d'un recours juridictionnel. Faisant état de la jurisprudence qui a examiné les décrets des périodes révolutionnaires pour en opérer le classement, il pense que le Conseil d'Etat, avant de déclarer irrecevable un recours pour excès de pouvoir formé contre un « décret législatif », recherchera t si l'acte attaqué a bien cette qualité et l'annulerait s'il se trouvait en présence d'une simple décision admnistrative rangée à tort par le gouvernement dans la catégorie des lois.

Afin de justifier son opinion, il imagine un « décret législatif » parfait en la forme qui nommerait un haut fonctionnaire. Il admet la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre ce « décret législatif » inconstitutionnel parce qu'il s'agit d'un « acte irrégulier émanant d'une auto- « rité administrative et non de l'organe législatif » (17), et que le Conseil d'Etat s'est reconnu le droit d'examiner la matière traitée par les décrets des précédentes périodes intermédiaires. Logique dans son raisonnement, il estime que le chef de l'Etat ne peut donner force de loi à l'un de ses décrets qu'à la condition de fond — les conditions de forme étant par hypothèse remplies — de ne pas empiéter sur le domaine réservé à son pouvoir réglementaire normal par les textes constitutionnels et les lois parlementaires, ainsi d'ailleurs que par les « décrets législatifs », alors qu'il résulte de ses conceptions que ceux-ci ne peuvent élargir le domaine du règlement.

---

(16) A. Leriche, *op. cit.*, pp. 163 et ss.
(17) *Ibid*, p. 164.

Cette opinion ne cadre pas avec la notion constitutionnelle de loi, car le chef de l'Etat peut, en tant qu'organe législatif, faire varier l'étendue de ce domaine. Il peut même, en l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois, ne pas respecter les règles fixées à ce sujet par la constitution.

Quant au « décret législatif » imaginé par M. A. Leriche, il n'y a aucune raison de lui refuser la force législative, étant donné qu'il existe des lois particulières. Or, il se trouve par là même soustrait au recours pour excès de pouvoir.

En définitive, M. A. Leriche reconnaît bien que le recours pour excès de pouvoir n'est recevable qu'à l'encontre des décrets qui ne constituent que de simples décisions administratives, mais il opère un mauvais classement des actes du chef de l'Etat en donnant la prépondérance au procédé jurisprudentiel de triage des périodes révolutionnaires lorsque ce procédé se trouve en conflit avec la classification adoptée actuellement par le Gouvernement.

Cet auteur a au moins le mérite d'être logique dans son erreur. Il attribue en effet force de loi à un décret ordinaire qui statue en matière législative. Or, c'est précisément à l'encontre d'un décret semblable qu'il faut admettre le recours pour excès de pouvoir. En réalité, son critérium de la distinction de la loi et du règlement n'est pas le même que le nôtre.

En résumé, sont seuls et sont tous susceptibles d'un contrôle juridictionnel les décrets du chef de l'Etat auxquels il n'a pas communiqué la force législative, ou, plus précisément, ceux qu'il n'a pas promulgués au titre de « loi de l'Etat ».

§ 3

## INTÉRÊTS DE LA DISTINCTION SOUS L'EMPIRE DE LA FUTURE CONSTITUTION

SOMMAIRE. — N° 140 : Compétence des futurs organes étatiques pour modifier ou abroger les lois et les règlements intervenus sous l'empire de l'acte constitutionnel n° 2. — 141 : Défaut de parallélisme des formes d'élaboration du droit. — 142 : Utilité future d'une classification actuelle des actes du chef de l'Etat. — 143 : Conclusion de la première partie.

140. — La distinction des lois et des règlements du chef de l'Etat, indépendamment des intérêts qu'elle est susceptible de présenter depuis la revision constitutionnelle de novembre 1942 (1), aura également une utilité après la mise en vigueur de la future constitution.

En effet, quel que soit le nouveau régime adopté, cette constitution modifiera une fois de plus l'organisation des compétences législative et réglementaire. L'acte constitutionnel n° 2 lui-même, à supposer qu'il ne subisse aucune atteinte profonde, impliquerait le retour du pouvoir législatif aux nouvelles assemblées qu'il prévoit.

Dans ces conditions, il est important qu'on puisse dès à présent opérer une classification des actes du chef de l'Etat, car, s'ils avaient tous force de loi, le domaine du pouvoir réglementaire se trouverait à l'avenir à peu près anéanti. A l'inverse, s'ils étaient tous traités comme des règlements, — en d'autres termes si l'on considérait qu'il y a eu simplement extension exceptionnelle du pouvoir réglementaire —, il faudrait, après la mise en vigueur de la nouvelle constitution — du moins dans le silence de celle-ci — que l'organe législatif édicte toute une série de lois pour s'approprier à nouveau les matières qu'il entendrait faire siennes. De

(1) *Cf. infra*, n° 230.

même, dans la première hypothèse, le législateur serait amené à restituer à l'Exécutif un certain domaine d'exercice de son pouvoir réglementaire.

Cette nécessité d'une classification des actes d'un organe unique est inéluctable, vu le fondement naturel du pouvoir réglementaire et l'obligation d'assurer la continuité du droit lors des changements de constitution. Il en est ainsi à un tel point qu'après certaines périodes révolutionnaires de concentration de fait de tous les pouvoirs dans les mains de l'Exécutif (2), la jurisprudence a dû opérer une classification empirique des actes du chef de l'Etat en se basant sur la répartition des matières législatives et réglementaires telle qu'elle existait lors de la disparition de fait de l'organe législatif.

Il est intéressant que l'acte constitutionnel n° 2 ait lui-même permis une classification juridique des actes de l'organe qui cumule *en droit* tous les pouvoirs. Il surgira ainsi moins de difficultés lorsqu'il faudra opérer la liaison entre les deux périodes constitutionnelles.

Certes, on ne peut préjuger de la teneur de la future constitution. Toutefois, même si le pouvoir législatif n'est pas remis intégralement à des assemblées législatives, la loi n'en conservera pas moins son autorité supérieure dans l'ordonnancement juridique de l'Etat et le règlement aura toujours un caractère subordonné. Ainsi, pour s'en tenir à l'acte constitutionnel n° 2, si les dispositions de son article 1er, § 2, étaient maintenues, la loi aurait toujours une portée uniforme, qu'elle émane des nouvelles assemblées législatives en période normale ou du chef de l'Etat aux époques de crise intérieure ou de tension extérieure.

141. — Il ne faut pas cependant se dissimuler qu'il pourra naître néanmoins des complications. Par exemple, si la future constitution élimine d'une manière plus ou moins complète la confusion actuelle des pouvoirs, mais confine

(2) *Cf. infra*, nos 242 et ss.

formellement et strictement le pouvoir réglementaire dans la pure exécution des lois, il faudra déterminer quelle autorité sera compétente pour modifier ou abroger les règlements qui ont pu légalement intervenir *præter legem* depuis juillet 1940. Il y aura lieu, semble-t-il, de réserver ce pouvoir à l'organe législatif, car les décrets en cause auront été élevés au rang de textes législatifs en vertu de la constitution, par un phénomène en quelque sorte inverse de la « délégalisation ».

Toutefois, il ne pourra s'agir que de difficultés isolées. Il suffit pour s'en convaincre d'envisager quelques-unes des hypothèses possibles. La nouvelle constitution pourra, par exemple, replacer dans le domaine législatif des matières que l'acte constitutionnel n° 2 en avait retirées, telle l'amnistie. Un décret d'amnistie postérieur à 1940 sera alors élevé au rang d'acte législatif par l'effet de la constitution et ne pourra ainsi être modifié ou abrogé que par une loi. A l'inverse, si des matières réservées à la loi par des textes constitutionnels actuellement en vigueur sont mises dans le domaine du pouvoir réglementaire, il y aura de ce fait « délégalisation » des lois qui ont pu intervenir auparavant en la matière.

142. — Mais, étant donné que les constitutions n'ont pas coutume d'établir un catalogue des matières législatives et réglementaires (3), il sera en général suffisant de connaître la classification actuelle des actes du chef de l'Etat pour déterminer en quelle forme ils pourront à l'avenir être atteints. Les juristes n'auront pas ainsi à s'évertuer à opérer une classification longue et délicate d'actes intervenus en nombre considérable.

Tout au moins, on peut dire que leur tâche sera notablement facilitée, du fait que le chef de l'Etat a mis lui-même de l'ordre dans ses décisions et a pu valablement le faire en s'appuyant sur un texte constitutionnel, l'acte n° 2 du 11

(3) *Cf. supra*, n° 54.

juillet 1940, qui puise son propre fondement juridique dans une loi constitutionnelle intervenue sous l'empire du régime antérieur, la loi votée par l'Assemblée nationale le 10 juillet 1940.

***

143. — Finalement, il est possible d'établir un critérium juridique de la distinction des lois et des règlements édictés par le chef de l'Etat sous l'empire exclusif de l'acte constitutionnel n° 2, c'est-à-dire de juillet 1940 à novembre 1942.

Au surplus, cette distinction, outre son intérêt théorique, revêt une importance pratique qui se manifeste même en dehors de la période considérée.

Il reste à rechercher comment se présente la question depuis que les actes constitutionnels n°s 12 et 12 *bis* ont permis au chef du gouvernement de promulguer les lois et les décrets sous sa seule signature.

# DEUXIÈME PARTIE

## La distinction de la loi et du règlement sous l'empire des dispositions combinées des actes constitutionnels n$^{os}$ 2, 12 et 12 $^{bis}$

144. — L'acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940 avait assuré un renforcement considérable des pouvoirs du chef de l'Etat en créant à son profit la confusion des pouvoirs législatif et réglementaire.

Toutefois, à la suite d'une crise politique dont l'examen sort du cadre de cette étude, un acte constitutionnel n° 11 en date du 18 avril 1942 est venu conférer à un chef du gouvernement « la direction effective de la politique inté-« rieure et extérieure de la France ».

Ce texte constituait déjà, *en fait*, une sérieuse atteinte aux pouvoirs du chef de l'Etat, mais celui-ci n'en demeurait pas moins le seul titulaire des fonctions législative et réglementaire. Le chef du gouvernement ne pouvait rendre exécutoires ses décisions, sans les revêtir de la forme des actes du chef de l'Etat (1).

(1) Voir sur cette question : L. DELBEZ, « *La révision constitutionnelle de 1942* », Revue du droit public, tome LIX, 1943, n° 2, pp. 93 à 115.

C'était là cependant le prélude à un changement, *en droit*, de la situation du chef du gouvernement. Il a fallu des événements graves pour provoquer ce changement. Le 17 novembre 1942, à l'issue d'une réunion du Conseil des ministres, le chef de l'Etat faisait connaître au pays, par une déclaration également signée du chef du gouvernement, sa décision de donner à celui-ci les pouvoirs nécessaires « pour « lui permettre de faire face rapidement, à toute heure et en « tout lieu, aux difficultés que traverse la France ».

Cette déclaration conjointe, publiée en tête du *Journal officiel* du 19 novembre 1942 (p. 3.833), était immédiatement suivie d'un acte constitutionnel n° 12 portant la même date du 17 novembre 1942, qui stipulait dans son article unique que « hors les lois constitutionnelles, le chef du gouver- « nement pourra, sous sa seule signature, promulguer les « lois, ainsi que les décrets ».

Peu après, un acte constitutionnel n° 12 *bis* en date du 26 novembre 1942 (*J. O.* du 27, p. 3.922) complétait l'acte constitutionnel n° 12 par la disposition suivante : « Le chef « du gouvernement pourra exercer le pouvoir législatif en « conseil de cabinet dans les conditions prévues par l'ar- « ticle 1er, § 2, de l'acte constitutionnel n° 2 ».

Ces deux nouveaux actes constitutionnels ont ainsi créé au profit du chef du gouvernement la même confusion de pouvoirs que l'acte constitutionnel n° 2 avait réalisée en faveur du chef de l'Etat. Il y a donc maintenant dualité d'organes pour l'exercice de fonctions qui demeurent confondues.

En présence de cette situation originale, il convient d'examiner s'il y a lieu de réviser nos notions de loi et de règlement, afin de déterminer ensuite si la distinction de ces deux sortes d'actes conserve une base formelle et présente les mêmes intérêts qu'avant la révision constitutionnelle de novembre 1942.

CHAPITRE I

# NOTION DE LOI

145. — Il importe encore à l'heure actuelle de définir la loi par les forces qui lui sont propres et qui n'appartiennent qu'à elle. Mais, étant donné qu'elle peut désormais émaner indistinctement de deux organes, il apparaît de prime abord difficile de la caractériser par une puissance uniforme. En effet, vu la différence de position de ses deux auteurs possibles, il convient de se demander si les lois de chacun d'eux n'ont pas une portée différente. Carré de Malberg n'a-t-il pas, d'une manière générale, fondé la différence de force des actes sur la puissance respective de leur auteur ?

Pour que la notion déjà proposée n'ait nul besoin d'être révisée, il faudrait que la loi puisse se définir : tout acte auquel le chef de l'Etat *ou le chef du gouvernement* ont voulu conférer un caractère statutaire dans l'ordre juridique étatique.

La question se ramène en somme à déterminer si le chef de l'Etat continue à jouir de la plénitude du pouvoir législatif, si le chef du gouvernement a vraiment acquis la même prérogative et si toutes les lois ont la même portée quel que soit leur auteur.

## SECTION I

## LE POUVOIR LÉGISLATIF DU CHEF DE L'ÉTAT

SOMMAIRE. — N° 146 : Opposition entre le point de vue politique et le point de vue juridique. — 147 : Interprétation des actes constitutionnels n°s 12 et 12 *bis*. — 148 : Combinaison des

**dispositions des actes constitutionnels n°s 2, 12 et 12 *bis*. — 149 : Examen sommaire des lois publiées au « Journal Officiel » depuis novembre 1942.**

146. — Au point de vue politique, on eût pu concevoir que soit attribué au chef du gouvernement l'exercice exclusif du pouvoir législatif, lequel n'est pas forcément dévolu à un chef d'Etat. D'ailleurs, il eût toujours été loisible à l'organe constituant de retirer ce pouvoir au chef du gouvernement si celui-ci en avait fait un usage non conforme au but poursuivi.

Toutefois, cette conception n'est pas juridiquement admissible, car un principe de notre droit public incontesté depuis l'an VIII, veut que le chef de l'Etat puisse prendre des décisions par voie générale. Or, s'il n'avait conservé que le pouvoir réglementaire, il se serait trouvé, dans l'exercice de ce pouvoir, dans une position de subordination vis-à-vis du chef du gouvernement, détenteur du pouvoir législatif dans l'hypothèse envisagée. Une telle situation n'eût pas été rationnelle.

147. — A vrai dire, il faut porter le débat sur le terrain des textes constitutionnels. Tout d'abord, l'acte constitutionnel n° 12 dit que le chef du gouvernement *pourra* promulguer les lois. L'acte constitutionnel n° 12 *bis* dit pareillement qu'il *pourra* exercer le pouvoir législatif. A lui seul le verbe employé implique que la compétence du chef du gouvernement n'est pas exclusive.

Toutefois, l'acte constitutionnel n° 12 *bis*, qui a trait uniquement au pouvoir législatif du chef du gouvernement, semble faire naître une équivoque lorsqu'il stipule que celui-ci pourra exercer le pouvoir législatif *dans les conditions* prévues par l'article 1er, § 2, de l'acte constitutionnel n° 2. Faut-il en conclure que le chef de l'Etat n'a conservé que le pouvoir réglementaire, qui puise son fondement dans un paragraphe distinct de l'acte constitutionnel n° 2 ? Cette hypothèse doit être exclue en raison, non seulement de l'argument d'ordre rationnel déjà indiqué, mais encore de l'inter-

prétation complémentaire qu'il faut donner aux actes constitutionnels. On peut en tout cas, du moins en première analyse, se demander quelle est la signification des termes « *dans les conditions* ». Il semble qu'il faille voir tout simplement dans cette expression une habitude de rédaction des services publics. L'acte constitutionnel n° 12 *bis* a voulu dire par là que le chef du gouvernement peut exercer le pouvoir législatif *dans les cas* prévus par l'acte constitutionnel n° 2, c'est-à-dire présentement jusqu'à la formation des nouvelles assemblées.

D'ailleurs, on ne peut dissocier les dispositions de l'acte constitutionnel n° 12. Or, il est incontestable que le chef de l'Etat a conservé le pouvoir réglementaire, étant donné le maintien certain de l'article 1er, § 3, de l'acte constitutionnel n° 2 et l'impossibilité juridique de concevoir un chef de l'Etat dépouillé de ce pouvoir. En conséquence, il faut admettre que l'acte constitutionnel n° 12, qui vise indistinctement les lois et les décrets dans une formule unique, ne peut avoir à l'égard du pouvoir législatif du chef de l'Etat une portée différente de celle qu'il a vis-à-vis de son pouvoir de prendre des décrets.

148. — Sans doute, l'acte constitutionnel n° 12 *bis* peut paraître renforcer le pouvoir législatif du chef du gouvernement et réaliser ainsi la dissociation de pouvoirs qui n'existe pas dans l'acte constitutionnel n° 12. Mais, en réalité, il a eu simplement pour but de mettre en harmonie les dispositions des actes constitutionnels nos 2 et 12. En effet, l'acte constitutionnel n° 12 permet bien au chef du gouvernement de promulguer les lois, mais il ne précise pas les conditions d'utilisation de cette faculté. En l'absence des dispositions complémentaires de l'acte constitutionnel n° 12 *bis*, il eût fallu que le chef du gouvernement exerce ce pouvoir en conseil des ministres, alors qu'on a voulu, au contraire, lui permettre d'agir sans l'intervention du chef de l'Etat, qui est le président du conseil des ministres. Ainsi

que l'observe le Doyen R. Bonnard (1), « il fallait, à l'avis « du conseil des ministres, substituer l'avis du conseil de « cabinet, qui est présidé par le chef du gouvernement ». Selon l'éminent juriste, tel a été précisément le seul objet de l'acte constitutionnel n° 12 *bis*.

On pourrait il vrai objecter que notre conception de la loi ne fait aucune place à cette condition de forme imposée par la constitution. Il suffit de répliquer que nous avons vu néanmoins dans l'omission de cette formalité un vice de forme, qui n'est dépourvu de sanction qu'en l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois. D'ailleurs, il s'agit ici d'interpréter les actes constitutionnels ; or, il est normal que l'organe constituant ait cru devoir adapter à la nouvelle situation une condition de forme qu'il avait déjà mise à l'exercice du pouvoir législatif du chef de l'Etat.

Il convient enfin de noter que l'organe constituant, qui avait pris soin dans ses actes antérieurs d'abroger *in globo* les dispositions des lois de 1875 qui étaient incompatibles avec les siennes, n'a nullement prévu une stipulation identique à l'encontre de l'article 1er, § 2, de l'acte constitutionnel n° 2, qui demeure sans aucun doute en vigueur, et auquel d'ailleurs se réfère l'acte constitutionnel n° 12 *bis*.

149. — Par conséquent, s'il était permis, dès leur publication, de se demander si les actes constitutionnels nos 12 et 12 *bis* avaient enlevé au chef de l'Etat l'exercice du pouvoir législatif, le doute a été vite dissipé, tant par un examen plus approfondi des textes constitutionnels que par l'interprétation qui leur a été donnée par le chef de l'Etat lui-même, qui a continué, tout au moins au début de l'application des nouveaux actes constitutionnels, à promulguer la plupart des lois. On ne peut faire abstraction de cette manifestation de volonté d'un organe qui cumule les fonctions constituante et législative. Si les lois ont de moins en moins

(1) L. Duguit, H. Monnier et R. Bonnard, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, 6e édition, 1943, p. 196.

pour auteur le chef de l'Etat, il faut en voir la cause dans des circonstances politiques qui ne changent rien à l'aspect juridique de la question, le seul à envisager dans cette étude.

L'examen des textes publiés au *Journal officiel* montre d'abord que le chef du gouvernement n'a promulgué aucune loi avant que l'acte constitutionnel n° 12 *bis* ait complété l'acte constitutionnel n° 12 : sa première loi porte la date du 2 décembre 1942 (2). A l'origine, on pouvait espérer dégager quelques règles précises quant au partage de compétence entre le chef de l'Etat et le chef du gouvernement, mais celui-ci s'est rapidement approprié des matières diverses, sans qu'on ait même pu considérer que les plus importantes étaient invariablement réservées au chef de l'Etat. Ce dernier n'en reste pas moins investi du pouvoir législatif dans sa plénitude, en ce sens qu'il a conservé la faculté de légiférer en toute matière. C'est ce qu'il importe pour l'instant de retenir.

A la vérité, aucun auteur n'a contesté ce point (3). Il n'était cependant pas inutile de le préciser, car il conviendra dans ces conditions de rechercher par la suite si l'unité de la loi a pu néanmoins subsister.

## Section II

## LE POUVOIR LÉGISLATIF DU CHEF DU GOUVERNEMENT

150. — Etant donné que le chef de l'Etat a conservé la plénitude du pouvoir législatif, on peut se demander quelle va être l'étendue des attributions conférées à cet égard au chef du gouvernement par les actes constitutionnels n°s 12 et 12 *bis*. Ces textes ne sont pourtant pas équivoques :

---

(2) Loi du 2 décembre 1942 (J. O. du 3, p. 3985) portant organisation du Ministère de l'Information.

(3) En ce sens notamment les Professeurs G. Burdeau (*op. cit.*, p. 243) et L. Delbez (*article cité*, pp. 109 et ss.).

ils accordent purement et simplement au chef du gouvernement, non sans doute le monopole de l'émission des lois, mais tout de même la faculté d'en promulguer sous sa seule signature dans les cas prévus par l'acte constitutionnel n° 2, c'est-à-dire à l'heure actuelle sans aucune limitation.

Afin de déterminer l'étendue de ce pouvoir, il convient d'en préciser la nature, de rechercher une explication juridique de cette dualité d'organes dans l'exercice d'une même fonction.

Une construction juridique ne peut être étayée sur la jurisprudence, qui est totalement inexistante en la matière. D'un autre côté, la question a été à peine effleurée en doctrine. Il est d'autant plus utile d'examiner les différentes théories qu'il paraît au premier abord possible d'envisager, afin de déterminer si au moins l'une d'entre elles résiste à la critique.

Certes, l'extension de compétence réalisée au profit du chef du gouvernement a été motivée par des circonstances politiques, mais il appartient néanmoins au juriste de chercher, sans se livrer pour autant à des appréciations d'ordre politique, si la situation originale ainsi créée peut trouver une justification juridique qui soit plausible.

### § 1er

### THÉORIE DE L'INDIVISION

SOMMAIRE. — N° 151 : Conception des Professeurs G. Burdeau et L. Delbez. — 152 : Critique. — 153 : Les organes législatifs n'ont que l'exercice de leur pouvoir. — 154 : Leur compétence peut s'exercer séparément sans que leur accord soit juridiquement nécessaire.

151. — Le Professeur G. Burdeau (1) dit à propos de la fonction réglementaire qu'il n'y a pas partage entre le chef de l'Etat et le chef du gouvernement, mais « *indivision* dans l'exercice d'une même compétence ». Et,

(1) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 259.

dans sa pensée, la situation est la même en ce qui concerne le pouvoir législatif, car, après avoir parlé de l'étendue de celui-ci, il aborde le problème de l'étendue du pouvoir réglementaire en précisant qu'il doit être résolu dans le même esprit.

Le Professeur L. Delbez (2) dit de même que la fonction législative est maintenant indivise entre deux organes.

Il est incontestable en effet qu'il n'y a pas partage de compétence entre le chef du gouvernement et le chef de l'Etat, puisque celui-ci continue à jouir du plein exercice du pouvoir législatif. Avant même d'avoir déterminé l'étendue des pouvoirs du chef du gouvernement, cette constatation exclut à elle seule l'idée de partage.

Sans doute, il semble au premier abord que ce partage existe en ce qui concerne la *promulgation* des traités internationaux, attendu que le chef de l'Etat a gardé compétence exclusive en matière de *ratification* des traités (3). Toutefois, les deux opérations sont nettement distinctes : la promulgation n'est en effet que l'ordre d'exécution en droit interne des traités, qui sont déjà parfaits en vertu de la ratification. Or, la situation actuelle du chef du gouvernement lui permet certainement de donner cet ordre.

D'ailleurs, si l'on admet la thèse de la primauté du droit international, la publication est seule nécessaire à l'application interne des traités (4), tandis que la promulgation — quoiqu'elle présente *pratiquement* de l'utilité (5) — est *juridiquement* superflue (4). En outre, sous l'empire même de la Constitution de 1875, la ratification et la promulgation émanaient de la même autorité, car, si le Parlement devait parfois autoriser la ratification, celle-ci n'en avait pas moins pour auteur le chef de l'Etat.

Si l'on se rallie par contre à la théorie classique de la « *réception* » du traité en droit interne, — qui perd cons-

(2) L. Delbez, *article cité*, p. 101.
(3) *Cf. infra*, n° 174.
(4) G. Scelle, *Précis de droit des gens*, tome II, 1934, p. 352.
(5) G. Scelle, *Manuel élémentaire de droit international public*, 1943, p. 462.

tamment du terrain, du moins en doctrine —, les normes internationales ne peuvent modifier les lois internes sans intervention de l'organe *législatif* national (6), mais cette intervention peut, à l'heure actuelle, venir aussi bien du chef du gouvernement. Dans cette conception, le chef de l'Etat, tout en étant seul à pouvoir ratifier les traités, n'aurait pas le monopole de leur promulgation, qui peut émaner également du chef du gouvernement et constitue précisément depuis 1940 le mode d'exercice de la fonction *législative*.

Ainsi, quelle que soit la position adoptée, le chef du gouvernement peut promulguer les traités. C'est dire que l'ordre d'exécution en droit interne de dispositions législatives peut, dans tous les cas, venir indifféremment des deux organes.

152. — Toutefois, le terme juridique d'indivision n'est pas pour autant approprié à la situation créée par la revision constitutionnelle de novembre 1942. Il s'agit là d'une expression empruntée au droit privé et qui s'adapte mal en conséquence au droit public.

L'indivision implique qu'une même chose appartient dans son ensemble à plusieurs personnes sans qu'il puisse être attribué à chacune une part distincte (7).

Sans doute, précisément, on ne peut dire qu'une part distincte de la fonction législative soit octroyée aux deux organes, car les actes constitutionnels ne fixent pas leur sphère respective d'action, en réservant par exemple au chef de l'Etat le monopole de certaines dispositions et en abandonnant les autres au chef du gouvernement. Il ne résulte rien de semblable des dispositions combinées des actes constitutionnels n°s 2, 12 et 12 *bis*. La législation ne fait non plus ressortir à cet égard aucune règle, qui n'eût d'ailleurs eu qu'une portée politique et non juridique, qui n'eût autrement dit constitué qu'une coutume politique et non une

---

(6) *Cf. supra*, n° 21.

(7) L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 3e édition, 1938, tome I, n° 1.780.

« coutume constitutionnelle ». En pratique, le chef du gouvernement est intervenu dans tous les domaines et il vient en particulier de promulguer la loi du 31 décembre 1943 portant fixation du budget de l'exercice 1944 (*J. O.* du 1er janvier 1944, p. 3).

Mais, l'idée maîtresse qui caractérise l'indivision est la distinction entre la quote-part en propriété qui appartient à chacun des indivisaires et la chose commune sur laquelle ils exercent leurs attributs d'un commun accord (8).

153. — Or, en premier lieu, ni le chef de l'Etat en tant que tel, ni le chef du gouvernement, ne possèdent en leur qualité d'organes constitués la « propriété » du pouvoir législatif, dont l'exercice seul leur a été attribué par l'organe constituant. C'est un principe certain du droit public qu'un organe constitué ne peut déléguer à une autre autorité, sans la permission de l'organe constituant, un pouvoir qui lui a été conféré afin qu'il l'utilise lui-même.

Même en admettant que les deux organes législatifs aient une « quote-part idéale de la chose commune », ils ne pourraient donc la céder. Certes, on pourrait penser que le chef de l'Etat échappe à cette sujétion, mais il n'y aurait plus indivision si ce dernier avait des droits refusés à l'autre indivisaire. D'ailleurs, le chef de l'Etat ès qualité ne doit pas être confondu avec l'organe constituant qui est le Maréchal Pétain *intuitu personæ*, en ce sens du moins qu'il ne pourrait juridiquement, par une loi *ordinaire*, déléguer l'exercice de son pouvoir législatif : il est à cet égard dans la même situation que le Parlement sous la Constitution de 1875, car celui-ci disposait également, en fait, du pouvoir constituant (9).

154. — En second lieu, chaque indivisaire ne peut exercer ses attributs sur la chose commune sans le consentement de l'autre. S'il en est ainsi *politiquement* vis-à-vis

(8) L. Josserand, *op. cit.*, tome I, n° 1.787.
(9) *Cf. supra*, n° 17.

du chef du gouvernement, qui ne pourra en fait exercer le pouvoir législatif que tant qu'il aura la confiance du chef de l'Etat, il en va différemment à l'égard de celui-ci, qui se trouve à ce sujet dans une position prééminente.

Au surplus, c'est le point de vue *juridique* qui importe ici. Or, aucun des prétendus indivisaires ne limite juridiquement les attributs de l'autre. Cela ne soulève aucun doute, non seulement pour les lois du chef de l'Etat, mais encore pour celles du chef du gouvernement. Si ce dernier prend une loi qui encourt la désapprobation politique du chef de l'Etat, cette loi n'en sera pas moins juridiquement valable ; elle pourra au point de vue politique provoquer le retrait des pouvoirs de son auteur, mais, au point de vue juridique, elle devra être abrogée par un acte contraire pour cesser d'être en vigueur.

Les deux caractéristiques essentielles de l'indivision ne se retrouvent donc pas ici et il convient de rejeter un terme qui révèle sous un faux jour une situation qu'il faut expliquer d'une autre manière.

## § 2

## THÉORIE DE LA « DÉLÉGATION DE MATIÈRES »

SOMMAIRE. — N° 155 : La théorie de M. J. Delvolvé; ses éléments essentiels. — 156 : Essai de son adaptation à la situation du chef du gouvernement. — 157 : Impossibilité d'un déclassement suffisant des lois du chef de l'Etat. — 158 : Conséquences de la position adoptée.

155. — M. J. Delvolvé définit la « délégation de matières » — selon l'expression qu'il emprunte au Doyen Hauriou — « l'acte par lequel un organe transfère une « matière à régler de son propre domaine de décision dans « le domaine de décision d'un autre organe » (1). Les actes accomplis par le délégué en vertu de cette mission lui appar-

(1) J. DELVOLVÉ, *Les « délégations de matières » en droit public*, thèse, Toulouse, 1930, p. 95.

tiennent et disposent de la seule force conférée à ses actes normaux (2) ; ils sont en conséquence soumis au même contrôle, hiérarchique ou juridictionnel, que ceux-ci (3).

Ainsi que l'observe l'auteur, il ne se présente aucune difficulté si la matière réglée ne l'a pas déjà été par l'autorité déléguante. Par contre, si l'autorité déléguée est appelée à modifier les actes antérieurs de l'organe déléguant, qui sont par hypothèse dotés d'une force supérieure, on assiste à un véritable déclassement de ceux-ci, dans la seule mesure cependant où le délégué y porte atteinte (4).

En outre, l'autorité déléguante ne conserve pas en principe un pouvoir parallèle, mais elle peut toujours révoquer la délégation et rapporter ensuite les décisions de l'autorité déléguée par des décisions contraires qui n'auront d'effet que pour l'avenir (5).

Cette « délégation de matières » s'analyse finalement en une « détermination secondaire de compétence » effectuée par un organe constitué, qui peut, en l'absence de prescriptions de la part de l'organe fondateur, faire varier à son gré la répartition des matières entre lui-même et des organes qui lui sont subordonnés.

156. — Or, précisément, le chef du gouvernement ne tient pas ses pouvoirs du chef de l'Etat en tant qu'organe constitué, mais du Maréchal Pétain en sa qualité d'organe constituant. Il peut sembler inutile dans ces conditions de poser le problème de l'applicabilité de la théorie envisagée à la situation actuelle du chef du gouvernement.

Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que la réforme de novembre 1942 a été effectuée sous la pression d'événements politiques qui ont relégué au second plan le problème juridique de l'extension anormale des pouvoirs du chef du gouvernement. On peut même dire que les gouvernants ne se

---

(2) *Ibid.*, p. 96.
(3) *Ibid.*, pp. 107 et ss.
(4) *Ibid*, pp. 99 et ss.
(5) *Ibid.*, pp. 112 et ss.

sont pas encombrés de théories juridiques pour aménager la nouvelle organisation des compétences, qu'ils ont estimé imposée par des « circonstances exceptionnelles ». Ils ont ainsi créé une organisation originale des fonctions étatiques, qui est — ainsi que le remarque le Professeur L. Delbez (6) — sans précédent dans notre histoire constitutionnelle. Il n'y a pas lieu de porter ici un jugement d'ordre politique, mais le juriste peut néanmoins — tout en respectant la portée de l'extension de pouvoirs voulue par l'organe constituant — attribuer sa vraie physionomie juridique à une institution aussi originale, ou, tout au moins, essayer de la placer dans des cadres connus.

Le but des actes constitutionnels n°s 12 et 12 *bis* a été, ni plus ni moins, de conférer en pratique « au Président « Laval les pouvoirs qui sont nécessaires à un chef de gou- « vernement pour lui permettre de faire face rapidement, à « toute heure et en tout lieu, aux difficultés que traverse la « France » (7). On peut donc, sans trop risquer de dénaturer ces textes, leur chercher une explication juridique qui cadre avec le but poursuivi par eux. C'est en ce sens que la théorie de la « délégation de matières » ne doit pas être exclue *a priori* en dépit des apparences.

En abordant le problème, il faut tout d'abord constater la nécessité d'attribuer à l'expression « *délégation de matières* » un sens élargi qui lui permette d'englober des dispositions législatives de toute nature. Ce n'est pas à la rigueur inconcevable si l'on se rappelle l'interprétation extensive donnée aux lois parlementaires dites de « pleins pouvoirs ».

La théorie en cause n'est pas non plus irréductiblement en opposition avec le maintien des pouvoirs de l'autorité déléguante. Sans doute, celle-ci ne peut garder en principe un pouvoir parallèle, mais il lui est toujours loisible de révoquer la délégation. Le chef de l'Etat, qui serait ici l'autorité déléguante, a bien conservé le pouvoir législatif, mais

(6) L. Delbez, *article cité*, p. 110.

(7) Procès-verbal de la séance du Conseil des Ministres du 17 novembre 1942 (J. O. du 19, p. 3833).

on peut voir dans chaque manifestation de ce pouvoir parallèle — d'ailleurs de plus en plus rare — une révocation partielle de la délégation. Ainsi, l'abrogation d'une loi du chef du gouvernement par le chef de l'Etat vaudrait révocation de la délégation en ce qui concerne la matière traitée.

Au surplus, il n'existe pas dans notre droit un domaine par nature de chacun des actes étatiques (8) et il n'y a pas de ce fait d'obstacle à l'admission de la théorie envisagée. Un simple arrêté ministériel peut tout faire à condition d'y être habilité par la loi ou un décret réglementaire. Les pouvoirs du chef du gouvernement pourraient ainsi s'analyser dans la faculté de prendre des mesures de toutes sortes nonobstant les dispositions législatives et réglementaires contraires.

Enfin, selon les auteurs et les arrêts (9), le principe de la spécialité doit s'appliquer aux « délégations de matières ». Mais il a reçu une interprétation si extensive de la part de la jurisprudence que l'on peut bien considérer qu'il ne saurait motiver le rejet de la théorie, d'autant plus que le chef de l'Etat a conservé en principe l'exercice de son pouvoir législatif.

157, — Toutefois, s'il est à la rigueur possible d'expliquer comment le chef de l'Etat pourrait, malgré l'existence d'une « délégation de matières » au sens large, porter atteinte aux nouveaux actes du chef du gouvernement, il faut aussi se demander si ce dernier peut modifier ou abroger les lois du chef de l'Etat grâce à un déclassement de celles-ci.

Or, on ne peut concevoir un déclassement des lois du chef de l'Etat qui les rende modifiables par simple arrêté du chef du gouvernement. Ce serait saper les bases de notre droit public et détruire toute hiérarchie dans les sources du droit.

---

(8) *Cf. supra*, n°s 49 et ss. et n°s 91 et 92.
(9) *Cf.* J. Delvolvé, *op. cit.*, n° 116.

D'autre part, étant donné que le chef du gouvernement a seul bénéficié d'une extension de pouvoirs, il faudrait supposer que les lois ainsi déclassées ne le seraient qu'à son égard et non vis-à-vis des ministres et secrétaires d'Etat. Or, il va de soi qu'un acte doit avoir la même portée pour tous. C'est là une objection insurmontable à l'admission d'un tel déclassement. Si une certaine doctrine a fondé la validité des décrets-lois sur un déclassement des lois sans encourir une objection de même nature, c'est parce que le Président de la République était le seul à émettre des actes réglementaires d'une force déterminée.

158. — Il n'est pas indifférent d'avoir éliminé cette théorie avant d'aborder le problème de la force des lois du chef du gouvernement et de rechercher par suite s'il existe deux catégories de lois de puissance inégale. En effet, s'il y avait eu « délégation de matières », les actes accomplis en vertu de cette « délégation » eussent été soumis au contrôle habituel des actes du « délégué ». En l'espèce, les actes nouveaux du chef du gouvernement auraient subi le même contrôle que les arrêtés ministériels. Certes, ils n'auraient pas risqué de ce fait une critique contentieuse pour illégalité, puisque, par hypothèse, ils auraient eu pour effet de déclasser les lois du chef de l'Etat dans toute la mesure nécessaire. Par contre, ils auraient pu subir un contrôle juridictionnel pour inconstitutionnalité, alors que les lois du chef de l'Etat échappent à ce contrôle (10).

Le rejet de la théorie envisagée a donc tout au moins pour résultat d'éviter que le problème de la constitutionnalité des lois ne soit tranché dans un sens susceptible de provoquer la rupture de l'unité de la loi à cet égard.

---

(10) *Cf. supra*, n° 18.

## § 3

## THÉORIE DE LA DÉLÉGATION DE POUVOIRS

SOMMAIRE. — N° 159 : Aperçu de la théorie de la délégation législative. — 160 : Son inapplicabilité à la situation du chef du gouvernement.

159. — Les raisons qui ont motivé le rejet de la théorie de la « délégation de matières » semblent conduire naturellement à l'adoption de la théorie de la délégation de pouvoirs. En effet, étant donné que les attributions dévolues au chef du gouvernement ne peuvent être exercées par lui en vertu des seuls pouvoirs qu'il possédait antérieurement, il paraît normal d'en déduire qu'il a bénéficié d'une véritable délégation du pouvoir législatif.

La théorie de la délégation législative n'est pas nouvelle en France, où elle a été appliquée principalement aux règlements d'administration publique. Toutefois, elle est actuellement abandonnée, tant par la jurisprudence que par la doctrine (1). Il est admis en effet — c'est même là désormais un principe fondamental de notre droit public — qu'une compétence ne se délègue pas, qu'un organe constitué ne peut déléguer des pouvoirs qui échappent à son appropriation et dont la constitution ne lui a confié que l'exercice.

160. — On ne pourrait à la vérité parler à l'heure actuelle de délégation législative que si le chef de l'Etat avait, *par une loi ordinaire*, — c'est-à-dire en sa qualité d'organe constitué —, habilité le chef du gouvernement à exercer le pouvoir législatif.

En l'absence de dispositions constitutionnelles prévoyant la possibilité d'une habilitation de cette nature, une telle loi eût été inconstitutionnelle, au même titre que les lois parlementaires de « pleins pouvoirs » (2). Il faut d'ailleurs s'em-

(1) *Cf. supra*, n° 62.
(2) *Cf. infra*, n°s 250 et ss.

presser d'ajouter qu'elle eût échappé comme celles-ci à toute critique contentieuse, en raison de l'inexistence d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

En tout cas, telle n'est pas la situation depuis novembre 1942. Le chef du gouvernement a bien le pouvoir de promulguer les lois, mais, ce pouvoir, il ne le tient pas de l'organe législatif institué par l'acte constitutionnel n° 2, qui ne peut non plus le lui ôter.

### § 4

### EXPLICATION PROPOSÉE

SOMMAIRE. — N° 161 : Simple attribution constitutionnelle de l'exercice du pouvoir législatif. — 162 : Essai d'une justification juridique de la coexistence de deux organes législatifs. — 163 : Conditions d'existence de l'unité de l'Etat d'après Carré de Malberg. — 164 : Raisons du maintien de cette unité depuis novembre 1942. — 165 : La subordination politique du chef du gouvernement. — 166 : La suprématie juridique des actes constitutionnels. — 167 : Portée de l'explication adoptée quant à l'étendue du pouvoir législatif du chef du gouvernement.

161. — Il ne paraît pas nécessaire d'échafauder une théorie nouvelle pour donner une base juridique au pouvoir législatif du chef du gouvernement. Il faut voir simplement dans les actes constitutionnels n°s 12 et 12 *bis* une attribution constitutionnelle de l'exercice de ce pouvoir. L'organe constituant peut organiser à son gré la compétence législative. Après avoir octroyé à un chef de l'Etat la plénitude du pouvoir législatif, il a très bien pu accorder le même pouvoir à un chef du gouvernement. Il est même remarquable de constater qu'il n'a apporté aucune limitation à l'exercice de cette faculté. S'il précise que le chef du gouvernement « *pourra* promulguer les lois... » et non qu'il promulguera les lois, c'est uniquement pour marquer que le chef de l'Etat conserve un pouvoir parallèle.

En somme, le chef du gouvernement tient sa compétence législative uniquement de l'organe constituant qu'est le Maréchal Pétain *intuitu personæ* et non de l'organe constitué

qu'est le chef de l'Etat. Le plus simple est donc de respecter la lettre des textes sans essayer de placer à tout prix la situation qu'ils créent dans des cadres juridiques trop rigides.

Vu les motifs de cette extension de pouvoirs et l'absence de toute limitation, tant dans les documents officiels (1) que dans les actes constitutionnels n$^{os}$ 12 et 12 *bis*, il faut conclure que le chef du gouvernement est investi, comme le chef de l'Etat, du plein exercice du pouvoir législatif.

162. — Mais, aucun d'eux ne disposant en conséquence de l'exclusivité de ce pouvoir, il convient d'expliquer comment ils peuvent néanmoins avoir l'un et l'autre un pouvoir illimité. C'est précisément à cette coexistence de deux organes législatifs qu'il faut trouver une justification juridique.

La question se ramène à déterminer comment il se peut que deux autorités distinctes puissent avoir concurremment le droit de légiférer, alors que leurs décisions peuvent être opposées. Au point de vue politique c'est, semble-t-il, instaurer l'anarchie. Au point de vue juridique, n'est-ce pas briser l'unité de l'Etat ?

163. — Tout d'abord, on est forcé d'admettre avec Carré de Malberg que, « ce qui fait de la collectivité « une personne sous le nom d'Etat, ce sont ses organes, car, « par elle-même, la collectivité nationale n'a pas d'unité, « et notamment pas de volonté une, réelle : elle n'acquiert « cette volonté que si elle est organisée » (2). Il doit donc exister dans l'Etat un centre unique de volonté, « dont le « rôle sera prépondérant, soit en ce sens que cet organe « aura la puissance d'imposer, d'une façon initiale, sa « volonté aux autres autorités étatiques, soit, au moins, « en ce sens que rien ne pourra se faire sans le concours « de sa libre volonté. A cette condition seulement, l'unité

(1) *Cf. supra*, n° 156, note 7.
(2) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, tome I, p. 68.

« de l'Etat se trouvera maintenue : elle serait ruinée s'il « coexistait en lui deux centres principaux, deux volontés « différentes et égales » (3).

Après avoir admis la possibilité d'organes multiples (4), Carré de Malberg précise aussitôt qu'un organe suprême n'en est pas moins nécessaire (5). En effet, l'égalité des organes est irréalisable *en fait*, car l'un parviendra inévitablement à supplanter l'autre. Le dualisme égalitaire d'organes concurrents n'est pas davantage concevable *en droit*, car il mettrait en péril l'unité de l'Etat.

164. — En présence de ces conclusions de l'illustre publiciste, il importe de rechercher comment les actes constitutionnels n°s 2, 12 et 12 *bis* ont pu créer deux organes distincts qui se trouvent sur un pied d'égalité dans l'exercice de la fonction législative. En effet, le pouvoir de l'un n'est pas juridiquement limité par celui de l'autre : chacun d'eux peut, à tout moment, promulguer une loi en toute matière.

On doit même ajouter que l'un peut modifier ou abroger une loi de l'autre. Cette faculté ne peut évidemment être refusée au chef du gouvernement en ce qui concerne les lois émises par le chef de l'Etat avant la révision constitutionnelle de novembre 1942. Mais, en outre, le chef du gouvernement peut, en l'absence de toute limitation juridique dans les actes constitutionnels n°s 12 et 12 *bis*, toucher à une loi prise par le chef de l'Etat depuis cette époque. Le cas s'est produit au moins deux fois. Une loi promulguée par le chef du gouvernement à la date du 3 juin 1943 (*J. O.* du 8 juillet 1943, p. 1.833) a complété une loi du chef de l'Etat en date du 25 novembre 1942 (*J. O.* du 8 décembre 1942, p. 4.026) relative aux officiers de police judiciaire auxiliaires du procureur de la République. Il est vrai que l'acte constitutionnel n° 12 *bis* n'était pas encore intervenu lors de l'émission de cette dernière loi et que le

(3) *Ibid.*, tome II, n° 290, *in fine*.
(4) *Ibid.*, tome II, n° 291.
(5) *Ibid.*, tome II, n° 292.

chef du gouvernement n'avait pas commencé à user du pouvoir législatif qui lui avait déjà été conféré par l'acte constitutionnel n° 12, mais une seconde loi du chef de l'Etat intervenue dans ces conditions a été prorogée et modifiée par le chef du gouvernement par un acte législatif du 4 octobre 1943 (*J. O.* du 23, p. 2.738). Il s'agit de la loi du 14 décembre 1942 (*J. O.* du 31, p. 4.246) modifiant, à titre exceptionnel, certaines dispositions relatives à l'avancement des fonctionnaires de l'administration centrale du Secrétariat d'Etat au Travail.

Cette situation ne nous paraît pas soulever les objections relevées par Carré de Malberg, tant en fait qu'en droit.

165. — *En fait*, on constate évidemment que le pouvoir législatif du chef de l'Etat s'exerce de plus en plus rarement et semble ainsi s'effacer progressivement devant celui du chef du gouvernement. Toutefois, il n'en reste pas moins que ce dernier est, aux termes de l'acte constitutionnel n° 11, nommé par le chef de l'Etat et responsable devant lui, ce qui implique le droit de révocation sans intervention du pouvoir constituant. Si le chef du gouvernement tend à prendre une prépondérance trop marquée, ou tout au moins inopportune, le chef de l'Etat peut le remplacer et conserver ainsi le dernier avantage.

Ainsi, en raison de sa subordination politique, il n'y a pas lieu de craindre que le chef du gouvernement puisse rompre à son profit l'égalité qui existe entre les deux organes dans l'exercice de la fonction législative.

166. — D'un autre côté, l'unité de l'Etat ne risque pas d'être détruite *en droit*. Si Carré de Malberg émet une opinion contraire, c'est parce qu'il n'a pas trouvé une véritable suprématie des lois constitutionnelles sur les lois ordinaires. Dans ces conditions, il n'a pu concevoir que deux organes constitués se trouvent sur un pied d'égalité — et par conséquent en concurrence — sans que l'unité de l'Etat soit rompue.

Par contre, nous pensons que l'attribution du pouvoir législatif à un deuxième organe n'a pas brisé cette unité parce que, au-dessus de ces deux organes, il existe le pouvoir constituant qui joue, à n'en pas douter, depuis 1940, le rôle d'un organe véritablement suprême puisqu'il détermine les compétences. Il remplit en quelque sorte l'office d'un régulateur.

On pourra, il est vrai, invoquer dans la thèse contraire le fait de la confusion des pouvoirs constituant et législatif et nier en conséquence que le chef du gouvernement est juridiquement dans la même situation que le chef de l'Etat dans l'exercice de la fonction législative. Il ne faut certes pas se dissimuler que la distinction des actes constitutionnels et des lois ordinaires est plutôt théorique, attendu que le Maréchal Pétain peut donner à ses décisions indistinctement la puissance constituante ou la force législative ordinaire.

Toutefois, la confusion organique ne saurait avoir pour effet de détruire toute hiérarchie dans les sources du droit, car, dans ces conditions, elle placerait sur le même rang, d'une part les actes constitutionnels, les lois ordinaires et les règlements du chef de l'Etat, et, d'autre part, les lois, les décrets et les arrêtés du chef du gouvernement.

Il faut en réalité maintenir la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires. Ainsi que le remarque M. G. Liet-Veaux (6), l'appellation et le numérotage des actes constitutionnels laissent entendre qu'une disposition prise en une autre forme « n'aurait pas, dans la pensée de son auteur, force constitutionnelle » et « ne pourrait donc pas abroger un texte constitutionnel ». M. G. Liet-Veaux en voit une illustration dans l'acte constitutionnel n° 5 du 30 juillet 1940, qui a eu surtout pour objet d'abroger l'article 9 de la loi constitutionnelle du 24 février 1875 et l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, en laissant par ailleurs à une loi ordinaire le soin d'organiser une Cour

(6) G. Liet-Veaux, *op. cit.*, n° 305.

suprême de Justice. Si une simple loi avait pu abroger les textes de 1875, un acte constitutionnel n'eût pas été nécessaire.

En définitive, si la distinction des lois constitutionnnelles et des lois ordinaires peut paraître politiquement précaire, elle n'en existe pas moins juridiquement et c'est de la sorte que l'organe constituant peut jouer vis-à-vis des organes législatifs concurrents le rôle de régulateur qui est nécessaire au maintien de l'unité de l'Etat.

On arrive ainsi à expliquer comment l'organe constituant a pu juridiquement conférer à deux organes distincts et hiérarchiquement subordonnés au point de vue politique, le pouvoir d'édicter, concurremment et sans limitation, des dispositions législatives. La logique juridique ne s'oppose donc pas — comme le pense le Professeur L. Delbez (7) — à ce que le chef du gouvernement dispose comme le chef de l'Etat de la plénitude du pouvoir législatif et il n'est nul besoin pour le montrer d'attribuer aux actes constitutionnels n°s 12 et 12 *bis* une physionomie juridique particulière. L'explication donnée a pour avantage à la fois d'être simple et de ne pas dénaturer les actes constitutionnels, tout en respectant néanmoins les concepts juridiques.

*
* *

167. — Cette conception sur la nature du pouvoir législatif du chef du gouvernement permet de déterminer avec exactitude l'étendue de ce pouvoir. Elle implique que le chef du gouvernement exerce pleinement la fonction législative, en ce sens qu'il peut légiférer en toute matière, même si cette matière a fait l'objet d'une loi du chef de l'Etat.

Par contre, aucune des théories envisagées précédemment ne donne à cet égard une solution qui cadre avec l'esprit des actes constitutionnels n°s 12 et 12 *bis*.

---

(7) L. Delbez, *article cité*, p. 110.

La théorie de l'indivision implique une appropriation du pouvoir législatif irréalisable en droit public et exige entre les deux organes législatifs un accord qui n'est pas juridiquement nécessaire.

La théorie de la « délégation de matières », même adaptée à la situation originale créée par les actes susvisés, suppose un déclassement des lois du chef de l'Etat qui est juridiquement inconcevable et aboutirait à placer les nouveaux actes du chef du gouvernement dans une position d'infériorité en ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité.

Enfin, la théorie de la délégation de pouvoirs, outre qu'elle est contraire aux principes du droit public, aurait pour conséquence de permettre au chef de l'Etat de retirer, par une loi ordinaire, au chef du gouvernement, une compétence qui a été en réalité attribuée à ce dernier par l'organe constituant.

## Section III

## L'UNITÉ DE LA LOI

**SOMMAIRE. — N° 168 : Position du problème. — 169 : Portée de la subordination politique du chef du gouvernement quant à la force relative de ses lois. — 170 : Différence entre le Conseil des Ministres et le Conseil de Cabinet. — 171 : Examen sommaire des textes publiés au Journal Officiel. — 172 : Le contrôle de la constitutionnalité des lois du chef du gouvernement; le problème. — 173 : Raisons en faveur de la solution adoptée à l'égard des lois du chef de l'Etat. — 174 : Conséquences de cette solution. — 175 : Portée de l'unité de la loi quant à la solution des conflits entre lois du chef de l'Etat et lois du chef du Gouvernement.**

168. — Conformément aux dispositions combinées des actes constitutionnels n°s 2, 12 et 12 *bis*, il existe deux autorités qui ont le pouvoir de promulguer les lois : le chef de l'Etat et le chef du gouvernement.

On peut dans ces conditions se demander de prime abord s'il n'existe pas deux catégories de lois.

Il faut d'abord rappeler que les actes constitutionnels n'opèrent pas une répartition de matières entre les deux

organes législatifs, qui disposent chacun, on l'a vu, de la plénitude du pouvoir législatif, c'est-à-dire qu'ils ont l'un et l'autre vocation à son exercice dans tous les domaines, sans limitation d'aucune sorte, et se trouvent ainsi sur un pied d'égalité juridique.

169. — Toutefois, les deux organes législatifs étant placés dans une position hiérarchisée au point de vue politique, leurs lois n'auront-elles pas une portée différente ? L'hypothèse ne serait invraisemblable que si l'on pouvait trouver un critérium matériel de la loi qui cadre avec le droit positif. Or, la force d'un acte dépend uniquement d'une question d'organe ou de forme et non de son contenu. Ne doit-on pas en conséquence hiérarchiser les lois comme le sont leur auteur ?

A vrai dire, la supériorité du chef de l'Etat n'existe pas dans le domaine juridique de la confection des lois, attendu que le chef du gouvernement est investi comme lui de la plénitude du pouvoir législatif, qu'il peut exercer seul. Cette supériorité est purement politique : la révocation qui la concrétise ne constitue que la mise en œuvre de la responsabilité politique du chef du gouvernement, dont les actes législatifs ne tombent pas de ce seul fait.

La thèse adverse témoignerait d'une confusion des points de vue politique et juridique. En supposant que l'article 1er, § 2, de l'acte constitutionnnel n° 2 subsiste après la formation des nouvelles assemblées législatives, imagine-t-on qu'il existerait une différence de puissance entre les lois prises en période normale par ces assemblées et les lois édictées par le chef de l'Etat aux époques de crise intérieure ou de tension extérieure ? Cependant, on ne conçoit pas que le chef de l'Etat et le nouveau Parlement soient, dans cette hypothèse, placés politiquement dans une position d'égalité. Toutes les lois n'en auraient pas moins une portée identique dans l'ordonnancement juridique.

On peut donc concevoir que des organes politiquement hiérarchisés puissent édicter des lois de puissance égale.

170. — Une autre considération paraît susceptible de justifier une différence hiérarchique entre les lois. Tandis que celles du chef de l'Etat sont prises en conseil des ministres, celles du chef du gouvernement ne sont délibérées qu'en conseil de cabinet (1).

Or, la différence entre ces deux conseils est beaucoup plus accusée qu'autrefois en raison de la distinction des ministres et des secrétaires d'Etat, du rôle effectif du président et enfin des attributions importantes dont le conseil des ministres est seul titulaire, en particulier celles prévues par l'acte constitutionnel n° 4 *quinquies* du 17 novembre 1942, qui lui attribue une véritable mission constitutionnelle.

Toutefois, dans la pensée de l'auteur de l'acte constitutionnel n° 12 *bis*, la délibération en conseil de cabinet a exactement le même rôle dans la confection des lois que la délibération en conseil des ministres (2). D'ailleurs, nous n'avons pas vu dans celle-ci un élément d'existence de la loi (3).

171. — Cette unité de la loi a été voulue par l'organe constituant et elle a été consacrée dans la pratique. Le chef du gouvernement modifie ou abroge couramment des lois du chef de l'Etat. S'il n'a pas eu l'occasion de toucher plus fréquemment à celles de ces dernières qui sont postérieures à la revision constitutionnelle de novembre 1942 (4), c'est parce que, en fait, la législation se trouve à peu près exclusivement depuis cette époque entre les mains du chef du gouvernement.

Il est à peine utile de dire qu'il existe encore moins de raisons d'attribuer une force relativement moindre aux lois du chef de l'Etat.

---

(1) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 259.
(2) *Cf. supra*, n° 148.
(3) *Cf. supra*, n° 107.
(4) *Cf. supra*, n° 164.

Toutes les lois ont donc indistinctement la même puissance et possèdent par conséquent la même nature dans la conception mise en lumière, qui caractérise la loi par sa force propre.

Le Professeur G. Burdeau (5) aboutit à la même conclusion lorsqu'il dit que, « malgré la remise de son exercice à deux « titulaires distincts, la fonction législative demeure unique... « Il n'y a pas des lois de première zone et des lois de seconde « zone, mais une seule sorte de loi, unique dans sa nature « comme dans ses effets. » Toutefois, cet auteur n'en donne qu'une explication insuffisante lorsqu'il se borne à constater que « c'est le même pouvoir qui est exercé par deux organes « dont l'accord est constitutionnellement présumé ». L'accord existe bien entre les deux organes au point de vue politique, mais il n'est pas juridiquement nécessaire dans la confection des lois et c'est l'un des motifs pour lesquels nous avons rejeté l'expression d'indivision utilisée par M. G. Burdeau pour expliquer la coexistence de deux organes législatifs (6).

172. — Toutefois, si l'unité de la loi a subsisté, n'existe-t-il pas cependant entre les différentes lois, quant au contrôle de leur constitutionnalité, une différence faisant obstacle à l'unité totale ?

Nous avons pensé que les lois du chef de l'Etat échappent à toute critique contentieuse au même titre que les lois du Parlement (7). Mais, la question ne change-t-elle pas d'aspect en ce qui concerne les lois du chef du gouvernement ? En effet, tandis qu'avant novembre 1942 la suprématie des lois constitutionnelles n'avait pratiquement aucune portée par suite de la confusion des pouvoirs constituant et législatif, il existe maintenant pour la législation ordinaire un organe à qui l'acte constitutionnel n° 12 a formellement interdit d'édicter des dispositions constitutionnelles. C'est en ce sens

---

(5) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 259.
(6) *Cf. supra*, n°s 151 et ss.
(7) *Cf. supra*, n° 18.

que le Professeur G. Burdeau (8) considère notre constitution actuelle comme étant dotée d'une certaine rigidité, toute relative d'ailleurs.

En outre, nous faisions remarquer que c'est grâce à sa situation prééminente que le chef de l'Etat échappe à toute critique contentieuse dans l'exercice de sa fonction législative. Or, le chef du gouvernement occupe une position inférieure.

173. — Ces constatations ne nous paraissent pas suffisantes pour justifier une différence à cet égard entre les différentes lois.

On doit d'abord observer qu'un contrôle juridictionnel des lois du chef du gouvernement ne serait pas plus efficace, car, tant que cet organe conserve la confiance du chef de l'Etat, on peut présumer qu'il pourra obtenir aisément une revision constitutionnelle, ainsi qu'il l'a déjà fait en novembre 1942.

Au surplus, les arguments déjà invoqués à propos des lois inconstitutionnelles du chef de l'Etat valent *mutatis mutandis* pour celles du chef du gouvernement. Ainsi que nous l'avons souligné (9), c'est le point de vue juridique qui compte et il importe peu à cet égard que les lois n'émanent plus des représentants élus de la nation. Cela tient uniquement au régime politique.

174. — Cette conception conduit à des conséquences assez inattendues si on estime avec le Professeur L. Delbez (10) que des attributions restent exclusivement réservées au chef de l'Etat, ce qu'il convient de préciser. Il n'est certes pas douteux qu'il en est ainsi du pouvoir de justice politique, de la disposition de la force armée et du droit de nomination et de révocation du chef du gouvernement. La

(8) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 251.
(9) *Cf. supra*, n° 18.
(10) L. Delbez, *article cité*, pp. 102 et ss.

solution est déjà plus douteuse pour les décrets de grâce ; sans doute, le droit de grâce est une prérogative régalienne, ainsi que le note M. L. Delbez (11), mais l'acte constitutionnel n° 12 ne fait aucune distinction entre les décrets que le chef du gouvernement est habilité à prendre.

Quant à la fonction diplomatique, si son exercice postule un accord de fait entre les deux chefs (12), elle reste au point de vue juridique de la compétence exclusive du chef de l'Etat et il est donc exagéré d'y voir une « attribution conjointe », dont le type paraît être plutôt la nomination des secrétaires d'Etat, vu les termes de l'acte constitutionnel n° 11.

La question se pose encore pour les décrets d'amnistie et les décrets déclaratifs d'état de siège. Le Professseur L. Delbez (13) y voit des « attributions conjointes », dont l'exercice implique l'accord de fait des deux organes, mais qui se traduisent en droit par des actes devant comporter la signature du chef de l'Etat. Cette affirmation ne semble pas, là non plus, s'harmoniser avec la généralité du terme « *décrets* » employé par l'acte constitutionnel n° 12.

La discussion n'est pas purement théorique. Si le chef du gouvernement prend seul, par exemple, un décret déclaratif d'état de siège, on doit considérer, dans la conception de M. L. Delbez, que ce décret est inconstitutionnel et attaquable devant les tribunaux. Par contre, s'il utilise la forme législative, son acte sera inattaquable en l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois.

On arrive ainsi, en refusant toute critique contentieuse des lois, à permettre au chef du gouvernement de s'approprier des attributions que l'organe constituant a pu ne pas vouloir lui accorder. Il n'y a pas lieu de reculer devant cette conséquence, car de deux choses l'une : ou le chef du gouvernement encourt la désapprobation politique du chef de

(11) *Ibid.*, p. 104.
(12) *Ibid.*, p. 108.
(13) *Ibid.*, pp. 105 et ss.

l'Etat et alors celui-ci peut toujours le révoquer ; ou l'accord continue de régner entre eux et alors il n'y a aucune raison de supposer que le chef de l'Etat n'ait prévenu l'irrégularité en faisant agir son pouvoir constituant ; on peut bien il est vrai supposer qu'ils soient d'accord entre eux sans avoir entrevu ni l'un ni l'autre l'existence de l'irrégularité, mais, dans cette hypothèse, on doit précisément se demander, en l'absence de dispositions formelles de l'acte constitutionnel n° 12, si le chef du gouvernement a vraiment outrepassé ses droits, car il s'agit en somme d'interpréter un acte constitutionnel et il faut bien dans cette tâche se référer à la volonté présumée de l'auteur.

175. — Ainsi, les lois des deux organes législatifs ont à tous égards la même portée. Le Professeur L. Delbez (14) considère que c'est là une situation qui peut « conduire à des difficultés insolubles, telles qu'une contra- « riété de termes entre une loi du Maréchal et une loi du « chef du gouvernement... ». Il ajoute, il est vrai, que de telles difficultés sont purement théoriques, les deux organes étant hiérarchisés.

En réalité, des conflits de ce genre ne sont pas à craindre, précisément parce que l'unité de la loi a subsisté. Les lois disposant d'une autorité équivalente, il y a lieu de faire totalement abstraction de la qualité de leur auteur pour interpréter des lois contradictoires. On ne peut donc imaginer des conflits d'une autre nature que ceux qui peuvent se présenter lorsque les lois émanent d'un organe unique. Il y a simplement lieu d'appliquer la règle « *Lex posterior derogat priori* ». Les difficultés ne sont possibles que sur le plan politique et elles sont tranchées par des moyens également politiques.

En définitive, c'est l'unité de la loi qui permet, malgré la dualité d'organes, d'éviter des conflits d'ordre juridique.

---

(14) L. Delbez, *article cité*, p. 110.

CHAPITRE II

# NOTION DE RÈGLEMENT

176. — Il convient, selon la méthode adoptée, de continuer à caractériser principalement le décret réglementaire par les forces qui n'appartiennent qu'à cet acte et qui sont communes à tout décret réglementaire.

Toutefois, étant donné qu'il peut émaner indifféremment de deux organes distincts, qui jouissent par ailleurs l'un et l'autre de l'exercice du pouvoir législatif, il importe de rechercher si la définition proposée est encore exacte depuis la revision constitutionnelle de novembre 1942.

Pour cela, il faudrait que le décret réglementaire puisse se définir à l'heure actuelle : l'acte administratif qui comporte des dispositions générales soumises au respect des lois en vigueur et que le chef de l'Etat *ou le chef du gouvernement* ont pris dans une forme ne révélant pas leur volonté d'en faire une disposition législative.

De même qu'à l'égard de la loi, la question se ramène à déterminer si le chef de l'Etat continue à jouir de la plénitude du pouvoir réglementaire général, si l'acte constitutionnel n° 12 a conféré la même prérogative au chef du gouvernement et si l'unité du décret réglementaire a pu néanmoins subsister.

## Section I

## LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE DU CHEF DE L'ÉTAT

SOMMAIRE. — N° 177 : Comment le problème de l'organisation des compétences se posait en novembre 1942. — 178 : Interprétation des actes constitutionnels n°s 2 et 12.

177. — Lors de la revision constitutionnelle de novembre 1942, il n'était pas question d'enlever au chef de l'Etat son droit de révocation du chef du gouvernement, ni de conférer à celui-ci un pouvoir constituant. Il eût donc été concevable, au point de vue politique, que soit attribué au chef du gouvernement l'exercice exclusif du pouvoir réglementaire général. On eût alors abouti, en continuant à réserver au chef de l'Etat le monopole des dispositions législatives, à faire renaître la séparation des pouvoirs législatif et réglementaire.

Une telle répartition des compétences eût été en harmonie avec les dispositions de l'acte constitutionnel n° 4 *quinquies* du 17 novembre 1942, qui prévoit que, au cas où le Maréchal Pétain serait définitivement empêché d'exercer la fonction de chef de l'Etat, le conseil des ministres désignerait son successeur et fixerait en même temps les attributions et les pouvoirs respectifs du chef de l'Etat et du chef du gouvernement, *dont les fonctions seraient « distinctes »*.

Par contre, à l'heure actuelle, ces fonctions sont confondues dans leurs prérogatives essentielles, du moins s'il est établi que le chef de l'Etat a conservé la plénitude du pouvoir réglementaire général et que le chef du gouvernement se trouve néanmoins investi du même pouvoir.

Toutefois, si cette organisation des compétences eût pu prévaloir sans obstacle d'ordre politique, il faut reconnaître qu'elle n'eût pas été juridiquement admissible, car, on l'a vu (1), on ne conçoit pas un chef de l'Etat dépouillé du pouvoir réglementaire général.

---

(1) *Cf. supra*, n° 146.

178. — En outre, il faut voir ce qu'il ressort des dispositions combinées des actes constitutionnels n°s 2 et 12.

Tout d'abord, un argument déjà invoqué en faveur du maintien de la compétence législative du chef de l'Etat peut être mis à nouveau en avant. L'acte constitutionnel n° 12 précise seulement que le chef du gouvernement « *pourra...* promulguer les décrets », ce qui implique nettement que sa compétence n'est pas exclusive.

En outre, on s'accorde généralement à voir le fondement juridique du pouvoir réglementaire du chef de l'Etat dans la formule lui confiant l'exécution des lois, qui a été introduite par la Constitution de 1848, reprise par celle de 1875 et reproduite également par l'article 1er, § 3, de l'acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940. Or, cette dernière disposition demeure évidemment en vigueur.

Cette interprétation a été confirmée par le chef de l'Etat, qui a continué à exercer son pouvoir réglementaire après la mise en vigueur des actes constitutionnels n°s 12 et 12 *bis*. Sans doute, il édicte de plus en plus rarement des règlements, mais, si l'on refuse toute valeur juridique à la « coutume constitutionnelle » (2), ce fait ne saurait entamer son pouvoir. De plus, le chef de l'Etat peut, par la voie réglementaire, assurer l'exécution, non seulement de ses propres lois, mais encore de celles du chef du gouvernement.

En bref, le chef de l'Etat a conservé la plénitude du pouvoir réglementaire général et la confusion organique des fonctions législative et réglementaire a donc subsisté en ce qui le concerne.

### Section II

## LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE DU CHEF DU GOUVERNEMENT

179. — Le régime actuel est caractérisé, non seulement par la coexistence de deux organes législatifs, mais

(2) *Cf. supra*, n° 53.

encore par la remise de l'Exécutif à deux têtes, lesquelles sont, par surcroît, ces mêmes organes.

Etant donné que le chef de l'Etat a conservé en droit la plénitude du pouvoir réglementaire, il est permis de se demander quelle est l'étendue du pouvoir parallèle du chef du gouvernement.

Là encore, il convient de rechercher la nature du pouvoir attribué à ce titre au chef du gouvernement par l'acte constitutionnel n° 12 et d'examiner si la dualité d'organes dans l'exercice d'une même fonction est conforme à la logique juridique.

En effet, on ne peut savoir *a priori* si la question se présente sous le même jour que pour la loi. Or, il est nécessaire d'avoir une notion précise du décret réglementaire au cours de la présente période, afin de pouvoir ensuite construire un critérium de la distinction de la loi et du règlement.

Il importe d'abord de reprendre les théories envisagées à propos de la loi, afin de rechercher si elles sont susceptibles de mieux s'adapter au décret réglementaire.

## § 1er

## THÉORIE DE L'INDIVISION

SOMMAIRE. — N° 180 : Nouvel aspect de la théorie. — 181 : Fondement naturel du pouvoir réglementaire. — 182 : Ce fondement ne confère pas véritablement la « propriété » du pouvoir réglementaire. — 183 : L'accord des deux organes n'est pas juridiquement nécessaire.

180. — Le Professeur G. Burdeau (1) a employé le terme d'indivision plus spécialement à propos de la fonction réglementaire. De son côté, le Professeur L. Delbez (2) écrit que les fonctions législative et *exécutive* sont maintenant indivises entre deux organes.

(1) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 259.
(2) L. Delbez, *article cité*, p. 101.

Il serait à première vue naturel de penser que les objections déjà soulevées contre cette théorie s'appliquent *mutatis mutandis* en ce qui concerne la fonction réglementaire.

Il est bien certain d'abord que l'expression « *indivision* », empruntée au droit privé, n'a pas de chances d'être ici plus heureuse qu'elle ne l'a été à propos de la fonction législative.

Mais, tandis que le pouvoir législatif n'appartient pas en « propriété » aux organes qui le mettent en œuvre (3), il en va peut-être différemment du pouvoir réglementaire.

181. — En effet, ce pouvoir est spontané et historiquement antérieur au pouvoir législatif. Le Doyen Hauriou fait observer à cet égard que, si les autorités administratives tiennent formellement leur pouvoir réglementaire du statut constitutionnel et des lois sur l'organisation administrative, la législation ne fait ainsi que reconnaître la nature des choses, le pouvoir réglementaire étant inhérent à tout pouvoir de commandement (4). Il n'est donc pas absolument nécessaire qu'un texte constitutionnel charge le chef de l'Etat et le chef du gouvernement de l'exécution des lois pour qu'ils puissent édicter des règlements, dont l'existence répond, on le sait, à des nécessités inéluctables.

Ainsi, tandis que les deux organes n'ont que le simple *exercice* du pouvoir législatif, qui devait obligatoirement leur être attribué par un texte constitutionnel, ils ont par contre, dans une certaine mesure, la « propriété » du pouvoir réglementaire, du fait même qu'ils disposent dans l'Etat du pouvoir de commandement.

Si l'on considère par ailleurs qu'il n'existe, ni en droit ni en fait, aucun partage de compétence entre eux, l'idée d'indivision paraît séduisante pour traduire leur situation respective.

---

(3) *Cf. supra*, n° 153.

(4) M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit administratif*, 5e édition mise à jour par A. Hauriou, 1943, p. 313.

182. — Toutefois, on ne peut dire que les deux chefs ont vraiment la « propriété » du pouvoir réglementaire, car le principe selon lequel un pouvoir ne se délègue pas, du moins dans le silence de l'organe fondateur, est désormais incontesté en droit public.

Il importe peu à cet égard qu'on attribue au pouvoir réglementaire un fondement naturel plutôt que constitutionnel. Il est aussi bien dans la nature des choses que l'Exécutif exerce lui-même une fonction qui ne lui revient *par nature* qu'à raison précisément de sa qualité.

Un décret réglementaire ne pourrait, par exemple, habiliter un secrétaire d'Etat à prendre des arrêtés dotés de la même force que les décrets. Sans doute, un domaine étendu peut être laissé à l'activité des secrétaires d'Etat, mais les arrêtés ministériels ne disposeront toujours que de leur puissance propre.

183. — Au surplus, la théorie envisagée, qui implique que chaque indivisaire ne peut exercer un attribut sur la chose commune sans le consentement de l'autre, n'est pas en harmonie avec le régime instauré par l'acte constitutionnel n° 12.

En effet, les deux organes ne sont pas limités l'un par l'autre dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire. Ce trait va de soi pour le chef de l'Etat et il résulte nettement pour le chef du gouvernement de l'expression « sous sa seule signature » utilisée par l'acte constitutionnel susvisé.

Donc, avant même d'avoir déterminé si le chef du gouvernement jouit du plein exercice du pouvoir réglementaire, on constate qu'il peut se passer de l'accord juridique du chef de l'Etat pour prendre des décrets.

Finalement, l'expression « *indivision* » n'est pas mieux appropriée qu'elle ne l'était pour la fonction législative.

## § 2

## THÉORIE DE LA « DÉLÉGATION DE MATIÈRES »

SOMMAIRE. — N° 184 : Rappel rapide de la position du problème. — 185 : Différences entre les décrets réglementaires et les arrêtés ministériels. — 186 : Impossibilité d'un déclassement des décrets réglementaires du chef de l'Etat.

184. — Les observations préliminaires formulées sur cette théorie à propos de la fonction législative (1) conservent ici leur valeur. Tout d'abord, on peut à la rigueur adopter un sens extensif du mot « *matières* » en lui permettant d'inclure des dispositions réglementaires de toutes sortes. Au surplus, une « délégation de matières » peut se concilier avec le maintien des pouvoirs de l'autorité déléguante si on consent à voir dans chaque manifestation de ce pouvoir parallèle une révocation partielle, toujours possible, de la « délégation ». Enfin, il n'existe pas de matières ressortissant par nature au pouvoir réglementaire et il n'y a pas non plus de ce fait d'obstacle à l'adoption de la théorie en cause.

A vrai dire, là encore, le problème se ramène à déterminer si un déclassement des décrets réglementaires du chef de l'Etat est possible, attendu que la théorie de la « délégation de matières » implique essentiellement un déclassement des actes de l'autorité déléguante dans la mesure où l'autorité déléguée use de la délégation à elle conférée.

185. — Toutefois, ce qui a été dit à ce sujet des lois ne s'applique pas forcément aux décrets réglementaires. S'il paraît certain que des lois du chef de l'Etat ne peuvent être ramenées au rang des arrêtés ministériels, l'impossibilité d'un tel déclassement est moins évidente pour les décrets réglementaires.

---

(1) *Cf. supra*, n° 156.

En effet, les décrets réglementaires et les arrêtés ministériels ont ceci de commun qu'ils sont des actes administratifs contenant des règles impersonnelles et subordonnées aux lois existantes. Il n'y a aucune différence de nature entre eux, mais seulement une différence de degré.

Etant donné que le chef du gouvernement ne pouvait prendre que des arrêtés ministériels avant la revision constitutionnelle de novembre 1942, il reste à savoir si le chef de l'Etat a pu édicter des règlements d'une puissance inférieure à celle de ses décrets réglementaires et si un déclassement de ceux-ci se trouve ainsi concevable.

Cette question de l'existence d'arrêtés du chef de l'Etat a été tranchée par la négative (2).

186. — Il en résulte l'impossibilité d'un déclassement des décrets du chef de l'Etat, qui ne peuvent ainsi être modifiés ou abrogés par le chef du gouvernement en vertu des seuls pouvoirs qu'il possédait antérieurement.

En outre, l'objection élevée contre un déclassement des lois conserve ici la même valeur : il faudrait, dans la théorie envisagée, imaginer un déclassement qui n'existe que vis-à-vis du chef du gouvernement et non à l'égard des secrétaires d'Etat, alors qu'un acte ne peut avoir qu'une portée uniforme à l'égard de tous.

Le rejet de la théorie de la « délégation de matières » présente moins d'intérêt qu'en ce qui concerne la fonction législative (3), vu l'assimilation de tous les règlements au point de vue des recours contentieux, mais il est néanmoins utile d'avoir pris position dans ce sens pour déterminer la force des actes du chef du gouvernement et rechercher s'il existe deux catégories de décrets réglementaires dotés de puissance inégale.

---

(2) *Cf. supra*, n° 75.
(3) *Cf. supra*, n° 158.

## § 3

## THÉORIE DE LA DÉLÉGATION DE POUVOIRS

**SOMMAIRE. — N° 187 : Impossibilité d'une délégation de pouvoirs entre organes administratifs. — 188 : Le chef du gouvernement ne bénéficie pas d'une délégation de pouvoirs.**

187. — Un principe de droit public déjà cité (1) interdit à un organe constitué de déléguer à une autorité administrative le pouvoir législatif, dont l'exercice seul lui a été attribué par la constitution. Mais, une délégation de pouvoirs entre organes administratifs, qui apparaît de prime abord plus normale, est-elle également prohibée ? En l'espèce, le chef de l'Etat en tant qu'autorité administrative a-t-il pu déléguer son pouvoir réglementaire général au chef du gouvernement ?

Certes, le chef de l'Etat peut bien élargir le champ d'action du chef du gouvernement en lui permettant de statuer par voie d'arrêtés en des matières déterminées, nonobstant toutes dispositions réglementaires contraires. Les arrêtés pris en vertu de cette habilitation pourront toucher à des décrets, mais ils n'en acquerront pas la force, en ce sens qu'ils pourront eux-mêmes être modifiés ou abrogés par de simples arrêtés ministériels.

Ce que précisément le chef de l'Etat ne peut faire, c'est conférer une force semblable à des arrêtés du chef du gouvernement, bien qu'ils puissent, dans l'hypothèse envisagée, toucher à des matières ressortissant précédemment aux décrets réglementaires.

Le principe selon lequel un pouvoir ne se délègue pas vaut en réalité pour toutes les autorités administratives, — du moins dans le silence de l'organe fondateur —, même lorsqu'il s'agit d'un pouvoir qui ne leur a été conféré que par une loi ordinaire, car la délégation de ce pouvoir serait alors illégale sinon inconstitutionnelle. Seul est permis ce qu'on appelle improprement la « délégation de matières ».

---

(1) *Cf. supra*, n°s 62 et 159.

188. — Il faut bien d'ailleurs reconnaître qu'il n'y aurait eu à la vérité délégation du pouvoir réglementaire que si le chef du gouvernement s'était vu concéder sa nouvelle attribution par le chef de l'Etat agissant en sa qualité d'organe constitué.

Or, la réforme de novembre 1942 n'a pas été opérée dans ces conditions. Le chef du gouvernement a bien le pouvoir d'édicter des actes ayant la puissance des décrets, mais il le tient de l'organe constituant et un simple décret, ni même une loi du chef de l'Etat, ne pourraient le lui enlever.

Il n'est pas sans intérêt que l'on ait évité de recourir à une délégation de pouvoirs pour procéder à l'extension des attributions du chef du gouvernement. En effet, vu la possibilité d'un contrôle juridictionnel des règlements, une délégation opérée par décret réglementaire du chef de l'Etat eût pu être mise en échec par les tribunaux conformément à la logique juridique, tandis qu'une délégation législative eût bénéficié de l'immunité des lois à cet égard.

## § 4

## EXPLICATION PROPOSÉE

SOMMAIRE. — N° 189 : Simple attribution constitutionnelle de l'exercice du pouvoir réglementaire. — 190 : L'Exécutif n'est pas collégial. — 191 : Bicéphalisme de l'Exécutif; comparaison avec le régime de 1875. — 192 : Egalité juridique des deux chefs de l'Exécutif. — 193 : Cette égalité ne détruit pas l'unité de l'Etat. — 194 : Impossibilité de ranger les actes réglementaires du chef du gouvernement dans une catégorie unique. — 195 : Signification de l'erreur de terminologie commise par l'acte constitutionnel n° 12. — 196 : Tous les actes réglementaires du chef du gouvernement ne sont pas des décrets. — 197 : Portée de l'explication adoptée quant à l'étendue du pouvoir réglementaire du chef du gouvernement.

189. — L'acte constitutionnel n° 12 a investi le chef du gouvernement d'un pouvoir de commandement identique à celui du chef de l'Etat en lui permettant de signer seuls les décrets, sans donner d'autre précision, ni par

conséquent sans apporter de limitation à ce pouvoir. Il va sans dire qu'il s'agit aussi bien des décrets réglementaires que des décrets individuels.

Là non plus, il ne paraît pas nécessaire d'imaginer une théorie nouvelle pour trouver une base juridique à cette extension de pouvoirs. L'organe constituant, dans l'exercice de son pouvoir souverain, a donné à l'Exécutif une deuxième tête. C'est une innovation remarquable dans notre histoire constitutionnelle, mais, ce qu'il importe de savoir, c'est si elle s'accorde avec la logique juridique.

190. — On doit d'abord remarquer que l'Exécutif n'est pas pour autant collégial, ni politiquement, ni juridiquement.

Au point de vue politique, le chef de l'Etat et le chef du gouvernement ne sont pas sur le même plan. Le premier est prééminent en principe, grâce à son pouvoir de révocation du second, mais celui-ci est prépondérant dans la pratique.

Au point de vue juridique, chacun peut prendre un décret sans le concours de l'autre. Cela ressort formellement pour le chef du gouvernement de l'expression « *sous sa seule signature* » utilisée par l'acte constitutionnel n° 12. Il en va *a fortiori* de même pour le chef de l'Etat.

La situation n'est donc à aucun égard comparable à celle créée par la Constitution du 5 fructidor an III : les deux chefs de l'Exécutif ne constituent pas un directoire.

191. — En réalité, l'Exécutif est bicéphale, sans qu'il y ait toutefois analogie avec la situation antérieure à 1940, que l'on avait aussi coutume de caractériser par le bicéphalisme de l'Exécutif. Il y avait en effet, à cette époque également, un chef de l'Etat, le Président de la République, et un chef du gouvernement, le Président du Conseil, bien que l'existence de ce dernier n'ait pas été prévue par la constitution.

Cependant, si la véritable tête était au point de vue politique le Président du Conseil, du fait qu'il était seul respon-

sable devant le Parlement, le chef de l'Exécutif était au point de vue juridique le Président de la République, qui pouvait seul signer les décrets. Il est vrai que le contreseing ministériel était nécessaire à la validité des actes présidentiels, mais les décrets n'en avaient pas moins pour auteur, en droit, le Président de la République.

Certes, on peut encore considérer qu'aujourd'hui comme alors l'Exécutif est composé d'un élément stable et d'un élément mouvant. Toutefois, tandis que le Président du Conseil, bien que choisi en principe par le Président de la République, était en fait entre les mains du Parlement, le chef actuel du gouvernement peut effectivement être révoqué par le chef de l'Etat. Donc, même à cet égard, la situation n'est pas la même, du fait que le régime parlementaire a fait place à un régime autoritaire.

Enfin, — et c'est surtout ce qu'il importe de souligner ici —, tandis que le Président de la République était seul titulaire du pouvoir réglementaire général mais ne l'exerçait qu'en théorie en raison de la prépondérance politique des ministres, à l'heure actuelle le chef de l'Etat n'est plus seul à en disposer, mais il l'exerce véritablement et peut se passer du contreseing, qui n'a subsisté en pratique qu'avec une signification différente (1). D'autre part, le chef du gouvernement, dont le concours n'est pas nécessaire au chef de l'Etat, peut de son côté exercer seul le même pouvoir. L'Exécutif a donc véritablement deux têtes, du moins en droit sinon en fait.

192. — A vrai dire, nombreuses sont les autorités administratives qui disposent d'un pouvoir de commandement. Mais, tandis qu'auparavant elles étaient toutes hiérarchiquement subordonnées les unes aux autres, — un arrêté du chef du gouvernement ne pouvant par exemple disposer à l'encontre d'un décret réglementaire du chef de

(1) *Cf. supra*, n° 72.

l'Etat —, il existe à l'heure actuelle deux autorités dotées d'une puissance égale de commandement, laquelle est seulement subordonnée à la puissance législative.

Chacune de ces autorités peut édicter des prescriptions en vue de l'exécution des lois de l'autre. En outre, l'une n'est pas limitée par l'autre dans l'exercice de cette compétence.

Sans doute, le chef du gouvernement est politiquement responsable devant le chef de l'Etat, mais, tant qu'il est en fonction, ses décrets réglementaires ont la même force que ceux du chef de l'Etat et ils ne peuvent être atteints que par des actes de puissance équivalente ou supérieure. Sa révocation, qui constitue la sanction de sa responsabilité politique, laisse subsister ses actes antérieurs.

193. — Cette coexistence dans l'Etat de deux organes investis d'un même pouvoir réglementaire général, risque encore moins que la coexistence de deux organes législatifs, de mettre en péril l'unité de l'Etat.

En effet, tandis qu'il existait au-dessus de ceux-ci le pouvoir constituant, il y a au-dessus des deux organes exécutifs le pouvoir législatif qui, sans être unique dans ses manifestations, l'est du moins dans sa nature et dans ses effets et s'impose d'une manière uniforme à toutes les autorités administratives sans exception.

En somme, la loi — dont l'unité a subsisté (2) — est la règle supérieure qui joue le même rôle régulateur à l'égard des deux organes exécutifs que la constitution vis-à-vis des deux organes législatifs.

194. — Il reste à déterminer si les actes non législatifs du chef du gouvernement sont tous de nature uniforme, en d'autres termes s'il y a lieu d'effectuer une distinction entre ses décrets et ses arrêtés.

---

(2) *Cf. supra*, n°s 168 et ss.

A l'égard du chef de l'Etat, il a fallu distinguer les actes constitutionnels, les lois ordinaires et les décrets réglementaires. A l'égard du chef du gouvernement, il faut distinguer les lois, les décrets réglementaires et les arrêtés, ou plutôt rechercher si une distinction est possible entre les décrets réglementaires et les simples arrêtés. Pour que ces deux sortes d'actes puissent être rangés dans une catégorie unique, il faudrait, soit ramener les décrets au rang d'arrêtés, soit conférer aux arrêtés la force des décrets.

Tout d'abord, les actes réglementaires du chef du gouvernement peuvent-ils avoir la nature uniforme d'arrêtés ? Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait admettre la possibilité d'un déclassement des décrets réglementaires du chef de l'Etat, qui doivent pouvoir être atteints par le chef du gouvernement sans emprunter la voie législative. Cette hypothèse doit évidemment être exclue puisqu'elle implique une « délégation de matières » dont nous avons nié l'existence (3).

Par conséquent, le chef du gouvernement ne peut prendre des arrêtés qui puissent valablement réglementer dans le domaine abandonné par les lois existantes au pouvoir réglementaire général de l'Exécutif.

195. — Il doit à cet effet prendre de véritables décrets, ou, tout au moins, des actes en ayant la force, si on continue à voir dans le terme « *décret* » la désignation générique des actes du chef de l'Etat. Au premier abord, il semble même que l'acte constitutionnel n° 12 n'aurait pas dû parler de « *décrets* », mais spécifier plutôt que le chef du gouvernement pourrait désormais édicter des règlements ayant la puissance des décrets réglementaires. Toutefois, cette expression n'eût pas englobé les décrets individuels et il faut voir là l'explication — la justification même — de l'erreur de terminologie incluse dans l'acte constitutionnel n° 12. C'est ce que le Professeur G. Burdeau (4) semble

(3) *Cf. supra*, n°s 185 et 186.
(4) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 263.

perdre de vue lorsqu'il dit : « Il est regrettable que l'acte « constitutionnel n° 12 ait repris à son compte la faute de « terminologie antérieure lorsqu'il stipule que le chef du « gouvernement peut prendre des décrets, alors qu'en bon « français il s'agit de règlements. »

Quoi qu'il en soit, l'acte constitutionnel n° 12 a voulu sans conteste donner au chef du gouvernement le pouvoir de prendre des actes ayant la force des décrets réglementaires du chef de l'Etat et non abaisser ceux-ci d'un degré pour les rendre modifiables par simple arrêté. La terminologie même employée, si critiquable qu'elle puisse paraître, a traduit nettement cette volonté de l'organe constituant.

196. — Toutefois, il n'en résulte pas que tous les actes réglementaires du chef du gouvernement aient la puissance des décrets. On ne pourrait l'admettre sans saper les fondements de notre droit public et détruire toute hiérarchie dans les sources du droit. Or, il n'y a aucune raison de penser que le pouvoir constituant ait voulu un tel bouleversement. D'ailleurs, étant donné que le chef du gouvernement a désormais la faculté d'octroyer à certains de ses actes la force des décrets réglementaires et même celle des lois, il n'y a aucun intérêt à conférer la puissance des décrets aux actes qu'il émettait antérieurement en forme d'arrêté ministériel.

Le chef du gouvernement a conservé des portefeuilles et ce serait engendrer des perturbations dans notre droit que d'élever au rang de décrets tous les actes émis dans l'exercice de ces fonctions ministérielles. En effet, de tels actes ne pourraient plus à l'avenir être modifiés ou abrogés que par décrets, même si ces Départements ministériels étaient ultérieurement confiés à un secrétaire d'Etat (5). Il faut donc,

---

(5) Une loi du 30 décembre 1943 (J. O. du 31, p. 3339) a créé un Secrétariat d'Etat à l'Intérieur; le nouveau secrétaire d'Etat, quoiqu'il reste placé, aux termes de la dite loi, sous l'autorité du Ministre Secrétaire d'Etat à l'Intérieur, n'en a pas moins le pouvoir de prendre des arrêtés.

sans aucun doute, continuer à distinguer les actes édictés par le chef du gouvernement en sa qualité de chef de l'Exécutif et ceux qu'il accomplit en tant que chef d'un Département.

La question est un peu plus embarrassante en ce qui concerne les arrêtés qu'il prend sous le seul titre de chef du gouvernement. Toutefois, on peut considérer que les attributions qu'il attache à cette qualité sont ministérielles. Sa situation est comparable à cet égard au Président du Conseil sans portefeuille, car celui-ci pouvait prendre néanmoins des arrêtés ministériels qui étaient subordonnés, non seulement aux lois du Parlement, mais en outre aux règlements du Président de la République.

La distinction des décrets et des arrêtés du chef du gouvernement a donc subsisté et son maintien n'est pas incompatible avec les institutions actuelles de la France.

En définitive, la revision constitutionnelle de novembre 1942 s'analyse simplement dans l'attribution au chef du gouvernement, par l'organe constituant, du pouvoir réglementaire général jusqu'alors réservé uniquement au chef de l'Etat, sans que toutefois les actes du chef du gouvernement aient tous la puissance de décrets.

*
* *

197. — Cette conception permet de préciser la portée de l'acte constitutionnel n° 12. Le chef du gouvernement dispose vraiment de la plénitude du pouvoir réglementaire général dans l'Etat, en ce sens qu'il peut réglementer en toute matière à la seule condition de ne pas statuer *contra legem*.

Par contre, aucune des théories envisagées par ailleurs ne donne une solution satisfaisante à ce sujet.

La théorie de l'indivision implique une appropriation de pouvoirs contraire aux principes et exige entre les deux chefs de l'Exécutif un accord qui n'est pas juridiquement nécessaire.

La théorie de la « délégation de matières », qui suppose un déclassement — d'ailleurs juridiquement inconcevable — des décrets réglementaires du chef de l'Etat, n'aurait pas pour effet de conférer une puissance nouvelle aux actes du chef du gouvernement.

Enfin, la théorie de la délégation de pouvoirs, qui doit être rejetée en raison de la source constitutionnelle des nouveaux pouvoirs du chef du gouvernement, permettrait le retrait de la compétence de celui-ci sans recours au pouvoir constituant.

## Section III

## L'UNITÉ DU REGLEMENT

SOMMAIRE. — N° 198 : Position du problème. — 199 : Raisons pour lesquelles il n'existe pas deux catégories de décrets réglementaires. — 200 : Conflits susceptibles de surgir entre décrets réglementaires n'émanant pas du même auteur; portée de l'unité du règlement dans la recherche d'une solution. — 201 : Rappel des principes classiques d'interprétation. — 202 : Solution préconisée dans les conflits envisagés.

198. — Les règlements émanent de différentes autorités et leur force respective dépend de la place occupée par leur auteur dans la hiérarchie administrative.

Dans ces conditions, il semble à première vue que les règlements du chef du gouvernement soient dotés d'une force inférieure à ceux du chef de l'Etat et que, au cas de contrariété de leurs dispositions, on doive donner la prépondérance à ceux-ci.

La question est d'importance. En somme, c'est à elle que se ramène le problème de l'unité du décret réglementaire. Aussi, il convient, d'une part, de rechercher s'il existe deux catégories de décrets réglementaires, et, d'autre part, de trouver une solution aux conflits susceptibles de se présenter.

199. — La conception retenue au sujet du pouvoir réglementaire du chef du gouvernement permet de résoudre aisément la première partie du problème. En effet, elle implique que l'organe constituant a donné à l'Exécutif une deuxième tête disposant, vu l'impossibilité d'un déclassement des actes du chef de l'Etat, d'une égale puissance quant à la confection des décrets réglementaires.

En outre, il résulte, tant de la lettre que de l'esprit de l'acte constitutionnel n° 12, que le chef du gouvernement peut édicter des décrets « sous sa seule signature », sans qu'aucune restriction ait été apportée à l'exercice de ce pouvoir. On peut en conclure avec le Professeur G. Burdeau que les actes constitutionnels n°s 2 et 12 ne lient pas le pouvoir réglementaire de chacun des deux organes à son propre pouvoir législatif (1).

D'un autre côté, l'acte constitutionnel n° 12 n'a pas opéré une répartition des matières réglementaires entre les deux chefs et l'interprète a vainement essayé d'en découvrir une au début de l'application du régime de novembre 1942. Chaque organe a ainsi vocation à statuer en toute matière, à la seule condition de respecter l'ensemble des lois existantes.

Finalement, les décrets réglementaires sont tous dotés d'une égale force ; ils peuvent pourvoir indistinctement à l'application de toutes les lois et il n'existe aucune répartition de matières entre les deux organes compétents pour les édicter. C'est affirmer par là l'unité de la fonction réglementaire en dépit de la dualité d'organes.

200. — Toutefois, il ne suffit pas d'affirmer en théorie que l'unité du décret réglementaire existe. Il faut en outre trouver un moyen juridique de trancher les conflits qui peuvent s'élever entre deux décrets contradictoires, l'un édicté par le chef de l'Etat et l'autre par le chef du gouvernement.

---

(1) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 259.

Le Professeur L. Delbez (2) envisage cette hypothèse de contrariété de termes entre règlements n'émanant pas du même auteur. Il va même jusqu'à dire qu'une telle divergence est vraisemblable, tout au moins pour les dispositions secondaires, et il propose la solution suivante : « suprématie « du droit récent, suprématie du droit spécial, et, dans le « cas d'un conflit entre les deux règles, préférence donnée « à la seconde ».

On doit d'abord observer qu'il n'est nullement vraisemblable que la dualité d'organes fasse naître des divergences dans les dispositions secondaires. En effet, celles-ci sont l'œuvre exclusive des bureaux et peuvent dans la pratique être mises indifféremment à la signature de l'une ou l'autre autorité.

Au surplus, M. L. Delbez semble ne voir dans la solution qu'il préconise qu'un simple pis aller inhérent au régime original de novembre 1942. Or, les conflits qu'il envisage ne sont pas spéciaux à la présente période et la solution qu'il convient de leur donner n'est pas différente de celle qu'on aurait adoptée auparavant, du moins si l'on part du principe de l'unité du décret réglementaire. Cet auteur admet pourtant ce principe — à la vérité incontestable — lorsqu'il dit que les deux catégories de règlements sont en droit d'égale valeur.

Par conséquent, si l'organisation actuelle des compétences est susceptible de multiplier en pratique les cas anormaux de cette espèce, il ne faut pas chercher une solution exceptionnelle pour les résoudre sur le plan juridique, puisque, de ce point de vue, tous les règlements doivent être classés dans une catégorie unique.

201. — Il importe néanmoins de trouver un moyen de résoudre ces conflits, en raison cette fois de leurs risques de multiplication.

---

(2) L. Delbez, *article cité*, p. 112.

Abstraction devant être faite de la qualité de l'auteur de l'acte, il faut recourir aux principes généraux d'interprétation que rappelle M. L. Delbez, à savoir, la priorité du droit récent et la priorité du droit spécial, ou, en d'autres termes, les deux règles « *Lex posterior derogat priori* » et « *Lex specialis derogat generali* ».

En vertu du premier principe (3), on estime que le législateur a voulu déroger à la règle la plus ancienne, qui se trouve ainsi abrogée dans la limite de cette dérogation.

Quant au deuxième principe, le Professeur Ch. Rousseau (4) ne lui accorde qu'une valeur restreinte dans la solution du problème de l'incompatibilité des normes juridiques internationales. De son côté, le Professeur G. Scelle (5) y voit une règle sujette à caution et va même jusqu'à considérer qu'un traité général prévaut sur les traités particuliers postérieurs.

202. — En ce qui concerne les règlements, les trois hypothèses de M. L. Delbez se ramènent en réalité à deux. Dans le premier cas, les deux règles susvisées conduisent à un résultat identique. La solution est alors certaine : il y aura priorité du règlement qui est à la fois le plus particulier et le plus récent.

Dans le deuxième cas à envisager, les deux règles mènent à des conclusions divergentes. C'est alors qu'il faut trancher le conflit entre deux règlements contradictoires, sans d'ailleurs faire intervenir — il faut le rappeler — la qualité de leur auteur.

En somme, l'hypothèse se ramène à celle-ci : un règlement général contient des dispositions avec lesquelles sont incompatibles celles d'un règlement particulier plus ancien. Celui-ci

---

(3) *Cf.* : Ch. Rousseau, *De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international*, Revue générale de droit international public, 1932, p. 150.
G. Scelle, *Précis de droit des gens*, 2e partie, 1934, p. 402.
(4) Ch. Rousseau, *article cité*, p. 151.
(5) G. Scelle, *op. cit.*, pp. 403 et ss.

renferme bien des dispositions impersonnelles comme tout règlement, mais il ne statue que sur un point limité de la matière considérée, laquelle a fait ultérieurement l'objet d'un texte la réglementant dans son ensemble.

Il est normal de penser que l'auteur du règlement général connaissait l'existence du règlement particulier et que, en conséquence, il l'aurait confirmé au titre d'exception à la règle s'il avait entendu le maintenir. D'ailleurs, la plupart des règlements prennent le soin d'abroger, par une formule finale devenue courante, toutes dispositions antérieures qui leur sont contraires, à tel point que cette formule peut être considérée comme sous-entendue lorsqu'elle ne figure pas. Or, si l'auteur d'un règlement prend soin de procéder à cette abrogation de règlements non cités, c'est précisément qu'il entend formellement supprimer les réglementations qui auraient pu intervenir précédemment à titre particulier.

Certes, il n'y a pas lieu d'admettre ici la conclusion précitée du Professeur G. Scelle, qui est donnée dans un domaine spécial où — observe le Professeur Ch. Rousseau (6) — « le problème de l'incompatibilité se présente... avec des « caractères spécifiques qui excluent toute assimilation avec « les solutions données au même problème en droit interne ».

Toutefois, même sans aller jusque-là, il paraît difficile de concevoir qu'un règlement particulier en contradiction avec une réglementation générale ultérieure, puisse continuer à être appliqué en dépit des dispositions de celle-ci. Il est en tout cas impossible d'en faire un principe général. D'ailleurs, l'interprétation des réglements contradictoires est surtout une question d'espèce.

En tout état de cause, il est intéressant de constater que le bicéphalisme de l'Exécutif n'a pas suscité des conflits d'un genre nouveau, mais encore fallait-il pour cela que subsistât l'unité du décret réglementaire, qui ressort des textes constitutionnels et de l'application qui en a été faite sans que des difficultés aient jusqu'à présent surgi.

---

(6) Ch. Rousseau, *article cité*, p. 150.

CHAPITRE III

# LE CRITÉRIUM ET LES INTÉRÊTS DE LA DISTINCTION DE LA LOI ET DU RÈGLEMENT

203. — Sous l'empire des dispositions combinées des actes constitutionnels n$^{os}$ 2, 12 et 12 *bis*, les notions de loi et de règlement sont finalement demeurées identiques à ce qu'elles étaient avant la revision constitutionnelle de novembre 1942.

Toutefois, le critérium établi en vue de distinguer la loi du règlement au cours de la période antérieure, ne vaut pas forcément *in globo* à l'heure actuelle. Il a tout au moins besoin d'être adapté.

En outre, il convient de mettre à nouveau en relief les intérêts de la distinction qu'il permet d'effectuer.

## Section I

## LE CRITÉRIUM DE LA DISTINCTION

204. — Etant donné qu'il existe une catégorie unique de lois et une seule sorte de décrets réglementaires, et que, d'autre part, la classification des actes du chef de l'Etat a déjà été opérée, la question se réduit à trouver un critérium de la distinction des actes du chef du gouvernement.

Il importe de déterminer à quel signe on reconnaîtra que le chef du gouvernement a statué à titre législatif ou en vertu

de son pouvoir réglementaire. Le problème est plus complexe qu'en ce qui touche les actes du chef de l'Etat, car le chef du gouvernement peut prendre de simples arrêtés qu'il va falloir distinguer des décrets réglementaires. Il est vrai que le chef de l'Etat peut de son côté émettre des actes constitutionnels qui se différencient des lois ordinaires, mais cette dernière discrimination est relativement aisée (1).

### § 1er

### NATURE DU CRITÉRIUM

SOMMAIRE. — N° 205 : Le critérium a conservé une base formelle. — 206 : Sa nature n'est pas modifiée par la coexistence de deux catégories d'actes réglementaires du chef du gouvernement.

205. — Il est possible de transposer ici les observations faites sur la nature du critérium de la distinction des lois et des règlements du chef de l'Etat (2).

Il suffit de rappeler que la distinction des actes a survécu à la confusion des organes pour des raisons d'ordre pratique et que, en l'absence de tout autre critérium en harmonie avec le droit positif, il a fallu adopter un mode formel de différenciation de ces actes émanant d'un organe unique.

Là encore, il s'agit de s'en rapporter à la volonté du chef du gouvernement, laquelle s'extériorise par de simples différences de forme dans l'élaboration de ses décisions. C'est donc toujours la forme de l'acte qui révèle sa nature.

206. — Mais, tandis que la question se ramenait pour le chef de l'Etat à trouver un critérium de ses lois (3), — ses actes impersonnels non émis en forme législative étant tous des décrets réglementaires —, il faut, en ce qui concerne le chef du gouvernement, distinguer en outre ses décrets de ses arrêtés.

---

(1) *Cf. supra*, n° 113.
(2) *Cf. supra*, n°s 94 et ss.
(3) *Cf. supra*, n° 99.

Toutefois, c'est encore la forme qui réagit sur le fond, car le chef du gouvernement n'a pas d'autre moyen de révéler sa volonté souveraine de donner à un acte une portée déterminée.

Par conséquent, le fait que la distinction des lois et des décrets réglementaires du chef du gouvernement conduise à établir une distinction adjacente des décrets et arrêtés réglementaires, ne modifie pas la nature du critérium qu'il convient d'adopter.

## § 2

### ÉLÉMENTS DU CRITÉRIUM

SOMMAIRE. — N° 207 : Nouvel aspect de la question; nécessité d'une distinction adjacente des décrets et arrêtés réglementaires du chef du gouvernement.

*A*) — 208 : ELÉMENTS DU CRITÉRIUM DE LA LOI.
I. — *L'emplacement du texte au Journal Officiel.*
II. — 209 : *Le titre de l'acte.*
III. — 210 : *Le visa des actes constitutionnels n*os *12 et 12 bis.*
IV. — 211 : *La mention initiale « Le Conseil de Cabinet entendu ».*
212 : *a*) Les lois du chef du gouvernement sont-elles seules à la comporter ?
213 : *b*) Toutes doivent-elles la comporter ?
V. — 214 : *La formule finale prescrivant l'exécution de l'acte.*
215 : Signification de la promulgation des lois par le chef du gouvernement.

*B*) — 216 : ELÉMENTS DU CRITÉRIUM DE LA DISTINCTION DES DÉCRETS ET ARRÊTÉS DU CHEF DU GOUVERNEMENT. — Aspect du problème.
217 : Solution à éliminer.
I. — 218 : *Le visa de l'acte constitutionnel n° 12.*
II. — 219 : *Le contreseing ministériel.*
III. — 220 : *La formule finale prescrivant l'exécution de l'acte.*
IV. — 221 : *La publication au Journal Officiel.*
V. — 222 : *La qualification de l'acte.*

207. — Le chef du gouvernement exerce le pouvoir législatif dans les mêmes conditions que le chef de l'Etat. En effet, d'une part, il peut, aux termes de l'acte constitutionnel n° 12, « *promulguer* » les lois sous sa seule signature, et, d'autre part, la délibération en Conseil de

cabinet prévue par l'acte constitutionnel n° 12 *bis* constitue le pendant de la délibération en Conseil des ministres exigée par l'acte constitutionnel n° 2.

D'un autre côté, il dispose pleinement, comme le chef de l'Etat, du pouvoir de prendre « sous sa seule signature » des décrets, dont la confection n'est pas soumise à des exigences particulières depuis que le contreseing ministériel a cessé d'être juridiquement nécessaire.

On peut ainsi s'attendre à ce que les éléments de la distinction de la loi et du décret réglementaire soient demeurés les mêmes qu'avant la revision constitutionnelle de novembre 1942. Toutefois, il est au moins indispensable d'adapter ces éléments à la situation nouvelle. En outre, il ne suffit plus de donner un critérium de la loi, il faut également, on l'a vu (1), opérer une discrimination entre les deux catégories de règlements qui émanent du chef du gouvernement, afin d'établir un critérium certain du décret réglementaire et de pouvoir ensuite le distinguer aisément de la loi.

Cette distinction adjacente conduit à construire également un critérium des arrêtés du chef du gouvernement, mais il n'en reste pas moins que c'est la distinction de la loi et du décret réglementaire qui demeure intéressante à effectuer. En effet, ce sont les seuls actes qui soient communs au chef de l'Etat (2) et au chef du gouvernement, et c'est précisément cette coexistence d'organes dans l'exercice des mêmes compétences qui rend nécessaire la recherche de critères permettant de distinguer les différents actes du chef du gouvernement.

Par contre, une fois cette dernière distinction opérée, il n'y aura pas à se préoccuper du fait que la loi et le décret réglementaire peuvent émaner l'un et l'autre de deux auteurs différents, étant donné que l'unité de chacun de ces actes a subsisté. La classification de l'ensemble des lois et des décrets

(1) *Cf. supra*, n° 194.
(2) *Cf. supra*, n° 75.

réglementaires intervenus sous l'empire des dispositions combinées des actes constitutionnels n°s 2, 12 et 12 *bis*, se trouvera du même coup effectuée.

## A. — ELEMENTS DU CRITERIUM DE LA LOI

208. — I : L'EMPLACEMENT DU TEXTE AU *JOURNAL OFFICIEL*. — Le *Journal officiel* a conservé les deux rubriques « *Lois* » et « *Décrets, arrêtés et circulaires* ». Les lois et les décrets du chef du gouvernement s'y trouvent classés parmi les actes de même nature du chef de l'Etat.

Cette classification continue à donner en pratique des indications qui sont la plupart du temps suffisantes ; il faut même remarquer qu'en fait aucune erreur de classement ne s'est produite jusqu'à présent.

Toutefois, en raison des considérations déjà exposées (3), le procédé n'en a pas pour autant une valeur juridique.

209. — II : LE TITRE DE L'ACTE. — Le chef du gouvernement, qui dispose du plein exercice du pouvoir législatif, donne naturellement à certains de ses actes le titre de « *loi* ».

Là encore, il s'agit d'une indication généralement suffisante dans la pratique et qui n'a encore jamais été démentie.

Cependant, il est inutile de rappeler pourquoi on ne saurait néanmoins y voir un critérium certain (4).

210. — III : LE VISA DES ACTES CONSTITUTIONNELS N°s 12 ET 12 *BIS*. — Ce visa paraît susceptible de fournir un élément plus précieux. Le chef du gouvernement tenant ses pouvoirs de ces textes, il est naturel d'essayer de trouver dans le visa de ceux-ci un critérium de la distinction

(3) *Cf. supra*, n° 101.
(4) *Cf. supra*, n° 102.

des actes précités. De fait, la plupart des lois et des décrets du chef du gouvernement prennent le soin de se référer à ces actes constitutionnels.

Il faut cependant constater qu'une procédure uniforme n'a pas toujours été suivie à cet égard. On trouve des lois qui ne visent ni l'un ni l'autre de ces textes. Ce sont la loi du 3 décembre 1942 (*J. O.* du 4, p. 3.994) modifiant le décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, et la loi du 31 décembre 1942 (*J. O.* du 9 janvier 1943, p. 75) portant modification de la loi du 18 septembre 1941 sur le ramassage obligatoire du genêt d'Espagne.

Il est d'autres lois qui ne visent que l'acte constitutionnel n° 12 et non l'acte constitutionnel n° 12 *bis*. Ce sont : la loi du 31 décembre 1942 (*J. O.* du 22 janvier 1943, p. 193) portant création d'une chaire de minéralogie appliquée à la Faculté des sciences de l'Université de Toulouse ; la loi du 11 janvier 1943 (*J. O.* des 25 et 26, p. 233) relative à la déclaration des stocks de cidres, poirés, boissons de pommes ou de poires : la loi du 3 mai 1943 (*J. O.* du 7 juillet 1943, p. 1.826) complétant la loi du 27 juillet 1942 relative à l'organisation de l'apprentissage dans les entreprises ; enfin, la loi du 2 novembre 1943 (*J. O.* du 4, p. 2.841) relative à l'organisation du contrôle des produits antiparasitaires à usage agricole.

A l'inverse, si tous les décrets s'appuient sur l'acte constitutionnel n° 12, quelques-uns d'entre eux visent en outre l'acte constitutionnel n° 12 *bis*, qui ne se rapporte pourtant qu'aux modalités d'exercice du pouvoir législatif. On peut citer le décret du 12 février 1943 (*J. O.* du 17 mars 1943, p. 771) portant institution d'un service interministériel de protection contre les événements de guerre, et le décret du 6 juillet 1943 (*J. O.* du 7, p. 1.831) relatif au rôle et à la composition du comité central des groupements professionnels coloniaux.

Au surplus, le chef du gouvernement, comme le chef de l'Etat (5), n'est nullement contraint de viser le texte consti-

---

(5) *Cf. supra*, n° 103.

tutionnel qui lui donne compétence. On ne peut s'attacher au fait qu'il prenne le soin de le faire dans la plupart des cas, car un tel visa, qui n'est pas *en droit* obligatoire, ne peut constituer un critérium juridique.

Enfin, l'acte constitutionnel n° 12 se rapporte aux deux catégories d'actes à distinguer et ses dispositions ne peuvent même pas être dissociées comme celles de l'acte constitutionnel n° 2. Son visa n'est donc pas suffisant pour révéler si l'on est en présence d'une loi ou d'un décret.

Pour l'ensemble de ces motifs, le visa des actes constitutionnels n°s 12 et 12 *bis* ne fournit pas une indication qui permette de distinguer à coup sûr les lois et les décrets du chef du gouvernement.

211. — IV : LA MENTION INITIALE « LE CONSEIL DE CABINET ENTENDU ». — Après avoir concédé au chef du gouvernement le pouvoir de « promulguer » les lois, l'organe constituant a cru devoir préciser dans un acte complémentaire que ce pouvoir législatif serait exercé en Conseil de cabinet.

En pratique, le dispositif des lois édictées par le chef du gouvernement est précédé de la mention « *Le Conseil de cabinet entendu* », qui traduit l'accomplissement de la formalité ainsi prescrite. Il ne faut attacher à ce sujet aucune importance au fait que quelques lois (6) comportent la men-

---

(6) Loi du 24 février 1943 (J. O. du 25, p. 546) portant création du commissariat général au service obligatoire du travail; loi du 5 juin 1943 (J. O. du 10, p. 1578) relative au report de crédits de l'exercice 1942 à l'exercice 1943; loi du 11 juin 1943 (J. O. du 12, p. 1601) sanctionnant les obligations relatives au service du travail obligatoire; loi du 11 août 1943 (J. O. du 24, p. 2222) modifiant la loi du 18 décembre 1940 sur le Conseil d'Etat; loi du 9 septembre 1943 (J. O. des 13 et 14, p. 2414) relative à l'organisation des cadres des services publics et des établissements publics de la marine; loi du 24 septembre 1943 (J. O. du 14 octobre, p. 2658) complétant l'article 242 du Code pénal; loi du 14 octobre 1943 (J. O. du 15, p. 2673) relative à la clause d'exclusivité; la loi du 18 janvier 1944 (J. O. du 19, p. 215) modifiant la loi du 18 décembre 1940 sur le Conseil d'Etat; la loi du 20 janvier 1944 (J. O. du 21, p. 238) instituant des cours martiales; enfin, la loi du 1er février 1944 (J. O. du 2, p. 358) étendant le champ d'application de la loi du 4 septembre 1942 sur l'utilisation et l'orientation de la main-d'œuvre.

tion « *Le Conseil des ministres entendu* », car la composition et les attributions de cet organisme sont plus larges que celles du Conseil de cabinet, et, en outre, l'article 3 de la loi du 10 février 1941 (7), selon lequel le chef de l'Etat pouvait se faire suppléer par le vice-président du conseil dans la présidence du conseil des ministres, doit jouer *a fortiori* en faveur du chef du gouvernement.

Il est donc permis de s'attendre à ce que la mention susvisée fournisse un critérium certain de la loi, mais à la vérité, il convient, comme pour les lois du chef de l'Etat, de s'en assurer en déterminant si toutes les lois du chef du gouvernement doivent nécessairement la formuler et si elles seules la comportent.

212. — a) *Les lois du chef du gouvernement sont-elles seules à comporter la mention initiale « Le Conseil de cabinet entendu » ?* — C'est l'une des conditions d'exactitude du critérium envisagé. Or, des lois antérieures ont pu prévoir que leurs décrets d'application seraient obligatoirement pris *en conseil des ministres* (8). Il est certain cependant que le chef du gouvernement, qui dispose de la plénitude du pouvoir réglementaire, peut prendre *en conseil de cabinet* des décrets d'application de ces lois, car la délibération en conseil de cabinet, qui est constitutionnellement suffisante pour la confection des lois, doit *a fortiori* l'être également pour la validité de tels décrets.

D'autre part, il est toujours loisible au chef du gouvernement de consulter le conseil de cabinet à l'occasion de l'exercice de son pouvoir réglementaire et d'en faire mention avant le dispositif de son acte. Il en est ainsi du décret du 30 décembre 1942 (*J. O.* du 15 janvier 1943, p. 130) complétant le décret du 2 juin 1942 sur les conditions d'avancement de grade de certains fonctionnaires de la police nationale.

---

(7) J. Laferrière, *op. cit.*, p. 115.
(8) *Cf. supra*, n° 105.

213. — b) *Toute loi du chef du gouvernement doit-elle nécessairement comporter la mention initiale « Le Conseil de cabinet entendu » ?* — La question se présente sous le même jour que celle ayant trait à la mention similaire « *Le Conseil des ministres entendu* », ainsi qu'il ressort des dispositions combinées de l'acte constitutionnel n° 12 *bis* et de l'article 1er, § 2, de l'acte constitutionnel n° 2.

La position adoptée par le Professeur J. Laferrière à l'égard des lois du chef de l'Etat non délibérées en conseil des ministres (9) est probablement maintenue par cet auteur en ce qui concerne les lois du chef du gouvernement entachées d'une irrégularité identique.

Pour les raisons déjà exposées, nous estimons que l'omission de la mention « *Le Conseil de cabinet entendu* » n'a aucune répercussion juridique, étant donné que, d'une part, elle n'entraîne pas l'inexistence de l'acte et que, d'autre part, les tribunaux ne peuvent, en l'état actuel de notre droit, être saisis d'un recours ou d'une exception d'inconstitutionnalité pour vice de forme, les lois du chef du gouvernement devant être assimilées, même à cet égard (10), aux lois du chef de l'Etat.

On objectera il est vrai que c'est attribuer un caractère superflu à l'acte constitutionnel n° 12 *bis*, alors que le chef du gouvernement n'a pourtant pas cru devoir utiliser son pouvoir législatif avant d'avoir fait compléter dans ce sens l'acte constitutionnel n° 12. Mais, nous ne nions pas qu'une loi non prise en conseil de cabinet soit irrégulière en la forme : nous affirmons seulement que cette irrégularité ne peut être sanctionnée.

La discussion n'est pas purement théorique. En effet, la mention initiale « *Le Conseil de cabinet entendu* » ne figure pas dans la loi du 2 novembre 1943 (*J. O.* du 4, p. 2.841) relative à l'organisation du contrôle des produits antiparasitaires à usage agricole, ni dans la loi du 31 janvier 1944

(9) *Cf. supra*, n° 107.
(10) *Cf. supra*, n° 173.

(*J. O.* des 31 janvier et 1er février 1944, p. 342) portant fixation des effectifs des personnels des services de l'administration pénitentiaire et des services de l'éducation surveillée.

214. — V : LA FORMULE FINALE PRESCRIVANT L'EXÉCUTION DE L'ACTE. — De même que le chef de l'Etat, le chef du gouvernement utilise des formules différentes pour prescrire l'exécution de ses actes.

L'article final de ses lois reprend la formule le plus couramment employée par le chef de l'Etat : « *Le présent décret sera publié au* Journal Officiel *et exécuté comme loi de l'Etat* ». Il convient même d'ajouter que le chef du gouvernement, à la différence du chef de l'Etat, n'en a jamais modifié le libellé, tout en l'accompagnant parfois de dispositions relatives notamment aux conditions d'application (11).

Les auteurs se sont accordés pour voir dans cette formule incluse dans l'article final des lois du chef de l'Etat la promulgation prescrite par l'article 1er, § 3, de l'acte constitutionnel n° 2. Il n'y a nul doute qu'elle ne remplisse le même office dans les lois du chef du gouvernement. Certes, cette dernière disposition constitutionnelle demeure en vigueur, mais, d'un autre côté, si l'acte constitutionnel n° 12 a utilisé l'expression « *promulguer sous sa seule signature* », c'est pour bien marquer que les lois édictées par le chef du gouvernement n'ont pas besoin d'être promulguées par le chef de l'Etat en application de l'art. 1er, § 3, de l'acte constitutionnel n° 2. Les termes employés visent à la fois la confection et la promulgation. Cette interprétation est la seule qui puisse concorder avec l'esprit de l'extension de pouvoirs voulue par l'organe constituant

215. — La promulgation a toujours le même sens, qu'elle soit effectuée par le chef du gouvernement ou par

---

(11) La loi du 19 avril 1943 (J. O. du 6 mai 1943, p. 1262), relative à la suspension des peines, est ainsi terminée : « Des arrêtés fixeront les conditions d'application du présent décret, qui sera publié au *Journal Officiel* et exécuté comme loi de l'Etat ».

le chef de l'Etat. C'est de cette manière que le chef du gouvernement manifeste sa volonté d'agir dans l'exercice de son pouvoir législatif (12), et c'est même le seul moyen dont il dispose à cet effet, quelle que soit l'opinion que l'on ait sur la force juridique de la mention « *Le Conseil de cabinet entendu* », puisque, en tout état de cause, cette mention ne donne pas à elle seule un critérium suffisant de la loi.

Il sera peut-être objecté que l'on pourrait classer les actes du chef du gouvernement en prenant pour base la répartition des matières législatives et réglementaires telle qu'elle résulte des textes législatifs antérieurs à 1940 et des lois édictées par le chef de l'Etat depuis cette époque. Toutefois, ce serait contraire tant à l'esprit qu'à la lettre des nouveaux actes constitutionnels, qui ont entendu conférer au chef du gouvernement la plénitude du pouvoir législatif et lui permettre en conséquence de faire varier cette répartition.

En définitive, bien que les deux organes soient dans une position différente sur le plan politique, la promulgation à titre de lois qu'ils opèrent de certains de leurs actes jouit d'une égale force juridique, et c'est là qu'il faut voir le critérium de la loi.

## B. — ELEMENTS DU CRITERIUM DE LA DISTINCTION DES DÉCRETS ET ARRÊTÉS DU CHEF DU GOUVERNEMENT.

216. — Etant donné que le chef du gouvernement n'a pas compétence pour émettre des actes constitutionnels et que, d'autre part, on possède maintenant un critérium de ses actes législatifs, on peut affirmer que tous ses autres actes sont des décrets ou des arrêtés.

Il importe de dégager le critérium de la distinction de ces deux sortes d'actes lorsqu'ils statuent de manière imperson-

---

(12) Le chef du gouvernement n'a omis la formule de promulgation que dans la loi du 27 janvier 1944 (J. O. du 29, p. 310) portant modification et codification des textes concernant les taxes à la production, la taxe sur les transactions et la taxe locale additionnelle à la taxe sur les transactions.

nelle et possèdent ainsi le caractère réglementaire. En raison de l'unité, tant de la fonction réglementaire de l'Exécutif que de la fonction législative, il est nécessaire d'opérer cette discrimination, afin d'établir finalement la distinction entre les lois et les décrets réglementaires dans leur ensemble, abstraction faite de la qualité de leur auteur. En d'autres termes, il faut trouver le moyen d'éliminer les arrêtés du chef du gouvernement pour ne laisser en présence que les lois et les décrets réglementaires.

La question est délicate et, par surcroît, nouvelle, attendu qu'il n'existe pas d'actes réglementaires du chef de l'Etat dont la force soit inférieure à celle des décrets (13).

Tout d'abord, les décrets et les arrêtés réglementaires présentent les mêmes caractéristiques de fond : ce sont en effet des actes administratifs qui statuent par voie impersonnelle et sont subordonnés aux lois existantes. Mais la difficulté de leur distinction ne provient pas de là puisque c'est la forme qui réagit sur le fond. Précisément, ils ont la même caractéristique négative de forme qui avait suffi à fournir un critérium des décrets réglementaires du chef de l'Etat : ils ne sont pas émis en forme législative.

Leur séparation doit néanmoins être effectuée (14) et il faut, en somme, savoir dans quels cas le chef du gouvernement a statué en cette qualité et a pu en conséquence édicter des actes réglementaires disposant de la force des décrets, et dans quels autres cas il a pris de simples arrêtés susceptibles d'être atteints par la suite sous la forme d'arrêtés d'un secrétaire d'Etat à qui aurait été confié un Département précédemment réservé au chef du gouvernement.

217. — On pourrait en premier lieu imaginer une classification des décrets et des arrêtés qui ait pour base la répartition de matières existant auparavant entre eux. Dans cette conception, serait décret réglementaire tout acte

(13) *Cf. supra*, n° 75.
(14) *Cf. supra*, n°s 194 et ss.

impersonnel intervenant dans un domaine qui n'a pas été abandonné à la compétence des arrêtés ministériels par les lois et les décrets réglementaires en vigueur ; serait arrêté réglementaire tout autre acte du chef du gouvernement statuant *generaliter*.

Cette solution est évidemment insoutenable, car le chef du gouvernement a le plein exercice du pouvoir réglementaire général (15) et peut à ce titre faire varier la répartition des matières entre les décrets et les arrêtés. Il peut même statuer par décret en une matière laissée par la loi dans le domaine des arrêtés ministériels. Sans doute, on aboutit ainsi à conclure que, si le chef du gouvernement modifie ou abroge par arrêté l'un de ses propres décrets, sa décision pourra être attaquée devant les tribunaux, mais il n'y a pas plus de raisons de reculer devant cette conséquence du fait que les deux actes émanent du même organe, qu'il n'y en a de nier, du fait de la confusion organique des pouvoirs législatif et réglementaire, la possibilité d'illégalité de décrets postérieurs à 1940.

Finalement, si une délimitation de matières existe vis-à-vis du pouvoir réglementaire ministériel, il n'en est pas de même à l'égard du pouvoir réglementaire général de l'Exécutif (16). Il faut donc chercher un critérium qui ne soit ni matériel ni organique, c'est-à-dire un procédé juridique de distinction des décrets et des arrêtés qui consiste dans une différence de forme.

Plusieurs signes recognitifs peuvent être envisagés.

218. — I : LE VISA DE L'ACTE CONSTITUTIONNEL N° 12. — Une fois en possession d'un critérium de la loi, il suffirait de trouver un critérium du décret réglementaire pour que soit établi du même coup un critérium de l'arrêté. Serait arrêté réglementaire du chef du gouvernement tout acte qui statuerait *generaliter* sans avoir été émis en forme de loi ou de décret réglementaire.

(15) *Cf. supra*, n° 197.
(16) *Cf. supra*, n°s 88 et 197.

Or, il semble précisément que le visa de l'acte constitutionnel n° 12 fournisse la solution, puisque les arrêtés ne le mentionnent évidemment pas et que les lois se reconnaissent à un autre signe. De fait, ce critérium est suffisant dans la pratique, car tous les décrets se réfèrent à l'acte constitutionnel n° 12 et certains comportent même en outre, par erreur, le visa de l'acte constitutionnel n° 12 *bis* (17).

Toutefois, pour que l'on ait pu y voir un critérium certain, il eût fallu que ce visa soit nécessaire à la validité de l'acte. Or, le chef du gouvernement n'est pas plus tenu de viser l'acte constitutionnel n° 12 que le chef de l'Etat d'invoquer l'acte constitutionnel n° 2, article 1er, § 3. Il importe peu qu'en fait il prenne toujours le soin de le faire, car il s'agit ici d'établir un critérium juridique et non une approximation d'ordre pratique.

219. — II : LE CONTRESEING MINISTÉRIEL. — Les décrets sont en général contresignés par un ou plusieurs secrétaires d'Etat et on pourrait s'attendre à voir là un critérium permettant de les distinguer des arrêtés ministériels.

Toutefois, les décrets ne sont pas toujours contresignés lorsqu'ils interviennent dans un domaine qui relève directement du chef du gouvernement, soit en tant que ministre secrétaire d'Etat d'un Département déterminé, soit en qualité de « ministre sans portefeuille ». On peut citer entre autres : le décret du 18 février 1943 (*J. O.* du 25, p. 546) suspendant jusqu'à la date de cessation légale des hostilités le fonctionnement des conseils de discipline prévus par le décret du 16 septembre 1942, qui vise la loi du 2 juin 1942 rattachant la gendarmerie au chef du gouvernement ; le décret du 12 février 1943 (*J. O.* du 17 mars 1943, p. 771) portant institution d'un service interministériel de protection contre les événements de guerre, qui est publié sous la rubrique « *Chef du gouvernement* » ; le décret du 22 avril

(17) *Cf. supra*, n° 210.

1943 (*J. O.* du 3 juin 1943, p. 1.514) portant modification exceptionnelle aux conditions de nomination à l'emploi d'inspecteur de la police nationale, qui charge de son exécution le ministre secrétaire d'Etat à l'Intérieur, lequel n'est autre que le chef du gouvernement lui-même.

Ces décrets n'en sont pas moins valables, car le contreseing ministériel n'est plus juridiquement nécessaire à la perfection des actes du chef de l'Exécutif (18).

En définitive, si aucun arrêté ne comporte naturellement de contreseing, tous les décrets ne sont pas forcément contresignés. C'est suffisant pour éliminer un critérium qui aurait pour base l'accomplissement de cette formalité.

220. — III : LA FORMULE FINALE PRESCRIVANT L'EXÉCUTION DE L'ACTE. — En général, l'article final des décrets réglementaires renferme une formule ainsi conçue : « *Tel* (*s*) *Secrétaire* (*s*) *d'Etat est* (*ou sont*) « *chargés* (*s*) *de l'exécution du présent décret...* ».

On retrouve même cette formule dans les décrets classés au Ministère de l'Intérieur, à une époque où il n'existait pas de secrétaire d'Etat à l'Intérieur (19). Cela donne l'occasion de souligner une fois de plus le souci des gouvernants actuels de maintenir la hiérarchie traditionnelle dans les sources du droit, en continuant à distinguer les actes accomplis par le chef du gouvernement en qualité de chef de l'Exécutif et ceux qu'il fait en tant que chef d'un Département déterminé.

En outre, on peut supposer que les décrets qui interviendront dans un domaine relevant directement du chef du gouvernement, chargeront de leur exécution l'un des secrétaires d'Etat qui lui sont personnellement attachés.

Toutefois, là encore, la question qu'il convient de se poser, c'est de savoir si cette formule est nécessaire à la perfection de l'acte. Il n'en est rien, car aucune forme n'est imposée

---

(18) *Cf. supra*, n° 72.
(19) *Cf. supra*, n° 219, décret du 22 avril 1943.

dans la rédaction des décrets et le chef du gouvernement a d'ailleurs pu se réserver personnellement des attributions sans qu'intervienne l'un des secrétaires d'Etat placés près de lui.

Finalement, un arrêté du chef du gouvernement ne chargera jamais un secrétaire d'Etat de son exécution, mais le critérium est insuffisant car il peut régulièrement en être de même d'un décret.

221. — IV : LA PUBLICATION AU *JOURNAL OFFICIEL*. — Conformément aux dispositions du décret en date du 5 novembre 1870 du Gouvernement de la Défense Nationale, les décrets doivent être publiés au *Journal officiel*. Par contre, ce mode de publication n'est pas obligatoire pour les arrêtés ministériels.

Toutefois, il suffit pour écarter cet élément de constater que de nombreux arrêtés ministériels prévoient dans leur article final leur publication au *Journal officiel*.

222. — V : LA QUALIFICATION DE L'ACTE. — Après avoir éliminé les éléments susvisés, il ne reste que le titre de l'acte et la qualification utilisée dans l'article final, qui puissent fournir une indication.

Il est vrai qu'il n'y a pas lieu d'attribuer une valeur absolue au titre de la loi, mais il faut bien reconnaître à ce sujet que, d'une part, il est assez explicable que des lois portent à l'heure actuelle le nom générique de « *décrets* » et que, d'autre part, il existe un critérium juridique certain de la loi, qui a naturellement le pas sur les autres signes recognitifs et en particulier sur le titre.

Par contre, le terme générique d' « *arrêté* » est plus précis que ne le sont à l'heure actuelle ceux de « *loi* » et de « *décret* ». Il est à cet égard comparable à celui d' « *acte constitutionnel* », qui suffit à distinguer les textes constitutionnels des lois ordinaires (20).

---

(20) *Cf. supra*, n° 113.

D'ailleurs, on pourra également se référer à la qualification donnée à l'acte dans son dispositif et notamment dans son article final.

Il en résulte que le chef du gouvernement doit respecter les décrets en vigueur, même les siens, dans les actes qu'il qualifie d'arrêtés de son plein gré ; sinon, il peut encourir de ce fait une critique contentieuse. Cette conséquence peut sembler trop radicale, mais, à la vérité, elle ne l'est pas davantage que le contrôle juridictionnel des décrets illégaux. Dans un cas comme dans l'autre, il eût suffi à l'auteur de donner une forme différente à son acte.

En somme, le chef du gouvernement classe ses actes à son gré, mais il n'en reste pas moins permis d'attacher toutes les conséquences de droit à la volonté qu'il a manifestée à ce sujet. Soutenir le contraire serait nier toute possibilité de classification des sources du droit.

## § 3

## APPLICATION DU CRITÉRIUM

SOMMAIRE :

*A*) — 223 : *Application du critérium de la loi.*
*B*) — 224 : *Application du critérium de la distinction des décrets et arrêtés réglementaires;* position du problème. — 225 : Différentes hypothèses à envisager. — 226 : Impossibilité d'établir un critérium juridique.
227 : *Conclusion sur le critérium de la distinction de la loi et du règlement.*

Des difficultés peuvent se présenter dans l'application des critères retenus, aussi bien celui de la distinction des décrets et arrêtés réglementaires que celui de l'existence de la loi.

### A. — APPLICATION DU CRITÉRIUM DE LA LOI

223. — Les cas de discordance des signes recognitifs de la loi sont les mêmes que ceux de la période antérieure et les solutions déjà préconisées sont applicables *mutatis mutandis*.

D'abord, il n'y a aucune raison d'attribuer au titre et à l'emplacement au *Journal officiel* des lois du chef du gouvernement, une valeur relative différente de celle qui leur a été précédemment reconnue.

Quant au visa des actes constitutionnels n°s 12 et 12 *bis*, s'il se trouve en fait dans la plupart des lois, son absence ne saurait avoir aucune portée juridique.

Au surplus, les solutions apportées aux problèmes où est en cause la mention initiale « *Le Conseil des ministres entendu* » sont, à plus forte raison, ou, tout au moins, à égale raison, applicables lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur relative de la mention « *Le Conseil de cabinet entendu* ».

Enfin, la promulgation a toujours la même portée, qu'elle soit l'œuvre du chef du gouvernement ou du chef de l'Etat. C'est elle qui constitue le critérium déterminant de la loi, le signe qui, en raison de sa valeur juridique, aura le pas sur les autres au cas de désaccord entre eux.

En résumé, les difficultés à envisager au cours des deux périodes constitutionnelles sont les mêmes et les solutions qu'il convient d'y apporter sont identiques. C'est là une nouvelle manifestation de l'unité, tant du décret réglementaire que de la loi.

### B. — APPLICATION DU CRITÉRIUM DE LA DISTINCTION DES DÉCRETS ET ARRÊTÉS REGLEMENTAIRES.

224. — Le problème est plus délicat lorsqu'il s'agit de distinguer en pratique les décrets et les arrêtés réglementaires du chef du gouvernement.

On peut, à n'en pas douter, procéder d'abord à l'élimination de la mention prévoyant la publication au *Journal officiel*, ainsi que du visa de l'acte constitutionnel n° 12, qui n'est pas juridiquement nécessaire à la perfection du décret et a pu figurer par inadvertance dans un arrêté.

Toutefois, trois autres éléments demeurent en présence et risquent de ne pas concorder. Certes, deux d'entre eux n'ont pu être retenus comme critérium suffisant, mais n'ont-ils pas, par contre, une force neutralisante vis-à-vis du critérium qui a été retenu ? La question conduit à envisager les différentes hypothèses de discordance qui sont possibles.

225. — En premier lieu, un acte qualifié « *décret* », aussi bien dans son article final que dans son titre, peut ne pas charger un secrétaire d'Etat de son exécution, ni comporter par suite de contreseing. Vu les appréciations déjà données sur ces deux éléments, il faut s'en rapporter à la qualification attribuée à l'acte par son auteur.

On peut, à l'inverse, imaginer un acte qui soit qualifié « *arrêté* », mais comporte néanmoins le contreseing d'un secrétaire d'Etat chargé de l'exécution dans l'article final. Il faut espérer que cette hypothèse restera dans le domaine de la théorie, car elle pose un problème embarrassant. Elle mérite néanmoins d'être examinée car elle permet de mettre à l'épreuve le critérium provisoirement retenu.

Si on considère que l'acte en cause est un arrêté, son application pourra être mise en échec s'il va à l'encontre de décrets réglementaires. Toutefois, nous avons vu qu'il n'y a pas lieu de reculer devant cette conséquence, eu égard à la situation identique des décrets illégaux.

Par contre, il est moins normal de voir un secrétaire d'Etat chargé de l'application d'un simple arrêté. N'est-ce pas précisément l'indice que l'acte a une force supérieure à celle d'un arrêté ministériel ? Ce ne pourrait être alors qu'un décret.

Sans doute, il est arrivé qu'un décret, sans même que ce soit un règlement d'administration publique, prescrive lui-même des décrets ultérieurs, mais ceux-ci ont le même auteur que le décret primitif. Au contraire, il s'agit dans l'hypothèse envisagée d'un arrêté du chef du gouvernement qui prévoit son application par des arrêtés de tel ou tel secrétaire d'Etat.

A la vérité, il n'existe au point de vue juridique aucune différence d'autorité entre les arrêtés ministériels émanant de divers auteurs. On ne conçoit donc pas qu'un simple arrêté du chef du gouvernement puisse habiliter un secrétaire d'Etat à prendre lui-même d'autres arrêtés. Dans ces conditions, on ne peut qu'attribuer à l'acte examiné la force d'un décret ou le vouer à l'impuissance.

226. — De telles difficultés ne risquaient pas de surgir avant 1940 et même jusqu'en novembre 1942, le seul auteur des décrets n'émettant pas d'actes réglementaires d'une puissance inférieure et les ministres et secrétaires d'Etat ne pouvant prendre de leur côté que des arrêtés. Le critérium de la distinction des décrets et des arrêtés était organique et avait par conséquent une base certaine.

Il n'en va plus de même à l'heure actuelle en raison de la concentration de pouvoirs qui existe au profit du chef du gouvernement, et il faut se baser sur un ensemble de signes pour distinguer les décrets et les arrêtés de cet organe. L'un de ces signes a, on l'a vu, un rôle prépondérant, mais il paraît difficile de dire qu'il soit déterminant. L'interprète doit dans ces conditions se contenter d'une approximation, qui sera d'ailleurs en général suffisante dans la pratique. Pour obtenir un critérium juridique, il eût fallu que les décrets soient, comme les lois, assujettis à une condition de forme nécessaire à leur perfection.

227. — Dans ces conditions, étant donné que les décrets réglementaires du chef du gouvernement ne sont soumis à aucune exigence de forme et qu'il y a lieu néanmoins de les séparer des arrêtés du même organe, il faut, pour les reconnaître, s'en rapporter principalement à la qualification qui leur a été donnée par leur auteur. Ils se trouvent à cet égard dans la même situation que les actes constitutionnels, qui ne sont non plus soumis à aucune exigence de forme et qui, en raison de la confusion des pouvoirs constituant et législatif, ne se distinguent des lois ordinaires que par leur qualification et leur numérotage.

En définitive, il est bien possible d'établir à l'heure actuelle un critérium certain de la distinction de la loi et du règlement, attendu que tous les actes du chef de l'Etat et du chef du gouvernement qui ne sont pas promulgués à titre de loi sont des actes réglementaires s'ils statuent par voie impersonnelle, mais, vu l'impossibilité d'établir une démarcation juridiquement certaine entre les décrets et les arrêtés du chef du gouvernement, on ne découvre pas un critérium qui permette de distinguer à coup sûr les lois et les décrets réglementaires comme avant la revision constitutionnelle de novembre 1942.

## Section II

## INTÉRÊTS DE LA DISTINCTION

SOMMAIRE. — N° 228 : Précision du sujet.
I. — 229 : Répercussions de la distinction sur les actes antérieurs à juillet 1940.
II. — 230 : Répercussions de la distinction sur les actes intervenus sous l'empire exclusif de l'acte constitutionnel n° 2.
III. — 231 : Intérêts de la distinction quant aux actes intervenus sous l'empire des dispositions combinées des actes constitutionnels n°s 2, 12 et 12 bis.
IV. — 232 : Intérêts de la distinction sous l'empire de la future constitution.

228. — L'unité de la loi et celle du décret réglementaire ayant subsisté, il faut s'attendre à ce que les intérêts de la distinction de ces actes soient les mêmes qu'au cours de la période constitutionnelle qui va de juillet 1940 à novembre 1942.

Toutefois, vu le caractère original de la situation créée par les actes constitutionnels n°s 12 et 12 *bis*, il n'est pas inutile de reprendre brièvement l'examen des intérêts déjà mis en relief, afin de rechercher si certaines questions n'ont pas changé d'aspect.

En outre, étant donné que les actes réglementaires du chef du gouvernement ne sont pas inclus dans une catégorie unique comme ceux du chef de l'Etat, il paraît à première vue également nécessaire de préciser les intérêts de la dis-

tinction des décrets et des arrêtés réglementaires du chef du gouvernement. Mais, à la réflexion, la question sort du cadre de la présente étude, car nous n'avons utilisé cette distinction adjacente que dans le but de trouver du décret réglementaire un critérium qui permette de l'opposer à la loi d'une manière précise.

229. — I : RÉPERCUSSIONS DE LA DISTINCTION SUR LES ACTES ANTÉRIEURS A JUILLET 1940. — La compétence du chef du gouvernement est évidemment la même que celle du chef de l'Etat en ce qui concerne la modification ou l'abrogation des actes antérieurs à juillet 1940 (1).

De même, il n'y a aucune raison de modifier la position adoptée à l'égard des décrets-lois non ratifiés par le Parlement.

En un mot, le chef du gouvernement se trouve exactement dans la même situation que le chef de l'Etat dans l'exercice des fonctions législative et réglementaire.

Ce simple rappel de l'unité de la loi et de l'unité du décret réglementaire suffit à montrer que la distinction des actes du chef du gouvernement est aussi nécessaire que celle des actes du chef de l'Etat. Vu la confusion organique, il faut savoir à quel titre ils ont statué l'un et l'autre.

230. — II : RÉPERCUSSIONS DE LA DISTINCTION SUR LES ACTES INTERVENUS SOUS L'EMPIRE EXCLUSIF DE L'ACTE CONSTITUTIONNEL N° 2. — Il est à peine besoin de souligner que la distinction des actes du chef du gouvernement est indispensable pour déterminer comment cet organe, qui dispose de la plénitude des pouvoirs législatif et réglementaire, a pu porter atteinte aux actes que le chef de l'Etat était seul habilité à prendre avant la revision constitutionnelle de novembre 1942.

---

(1) *Cf. supra*, n°s 123 et ss.

Il va de soi en particulier que si le chef de l'Etat a fait passer dans le domaine législatif une matière ressortissant avant 1940 au domaine réglementaire, le chef du gouvernement ne pourra légalement statuer par décret dans cette matière, à moins qu'il n'ait lui-même, par une loi, rétabli la répartition antérieure.

De même, le chef du gouvernement ne peut, par un simple arrêté, toucher aux dispositions d'un décret du chef de l'Etat, sans avoir tout au moins pris de son côté un décret qui habilite le pouvoir réglementaire ministériel à statuer.

L'application du principe qu'un acte ne peut être atteint que par un acte de force au moins équivalente rend nécessaire une distinction précise des actes du chef du gouvernement.

Chacun des actes des deux organes rentre ainsi dans des moules définis et il n'existe de la sorte qu'une seule catégorie de lois et qu'une seule catégorie de décrets réglementaires, qui peuvent être modifiés ou abrogés indifféremment par l'un ou l'autre des organes concurrents, qu'ils aient ou non été édictés avant la revision constitutionnelle de novembre 1942.

231. — III : INTÉRÊTS DE LA DISTINCTION QUANT AUX ACTES INTERVENUS SOUS L'EMPIRE DES DISPOSITIONS COMBINÉES DES ACTES CONSTITUTIONNELS N$^{os}$ 2, 12 ET 12 *BIS*. — Il est superflu de rappeler que la distinction de la loi et du règlement a conservé depuis novembre 1942 les mêmes intérêts qu'auparavant, notamment en ce qui concerne le jeu du contrôle de la légalité (2).

Il faut en particulier affirmer la possibilité d'un contrôle juridictionnel des actes réglementaires du chef du gouvernement qui ont porté atteinte à ses propres actes placés à un degré supérieur dans la hiérarchie des sources du droit.

---

(2) *Cf. supra*, n$^{os}$ 129 et ss.

232. — IV : INTÉRÊTS DE LA DISTINCTION SOUS L'EMPIRE DE LA FUTURE CONSTITUTION. — Lors de la mise en vigueur de la future constitution, il se posera à l'égard des actes du chef du gouvernement le même problème qu'à l'égard de ceux du chef de l'Etat.

Il importera de savoir en quelle forme ces différents actes pourront être modifiés ou abrogés par les organes nouvellement institués (3).

Certes, des difficultés insoupçonnées pourront provenir d'un défaut de parallélisme des formes d'élaboration du droit (4), mais il convient néanmoins d'établir d'ores et déjà une classification qui facilitera grandement la tâche de l'interprète.

---

(3) *Cf. supra*, n° 140.
(4) *Cf. supra*, n° 141.

# CONCLUSION

## Essai d'une théorie générale sur la distinction de la loi et du règlement en droit positif français

233. — L'étude de la distinction de la loi et du règlement sous l'empire des actes constitutionnels de 1940-1942 nous a révélé les caractéristiques respectives de chacun de ces actes, la nature du critérium de leur distinction et enfin les intérêts — par conséquent la nécessité — de cette classification.

A ces seuls égards, il était intéressant d'examiner le problème. Toutefois, il est permis de vouloir tirer de cette étude un profit plus grand encore par un essai de construction d'une théorie générale sur la distinction de la loi et du règlement en droit positif français.

Sans doute, le Doyen Duguit (1) déclare l'impossibilité d'établir une théorie générale du pouvoir réglementaire du chef de l'Etat en France et il constate — à juste titre d'ailleurs — que M. G. Cahen a échoué dans une entreprise de ce genre et n'a pu élaborer une théorie générale sur la dis-

(1) L. Duguit, *op. cit.*, tome IV, p. 662.

tinction de la loi et du règlement (2). Toutefois, les raisons qu'il en donne (3) et celles qui ont empêché M. G. Cahen d'aboutir nous paraissent venir précisément de leur conception erronée de la loi et du règlement, qu'ils ont voulu définir au point de vue matériel, alors que cette définition ne cadre pas avec le droit positif.

234. — Il peut sembler téméraire de vouloir proposer une théorie qu'on n'a pu jusqu'à présent établir, mais on peut tout au moins tenter de faire avancer la question, à laquelle les actes constitutionnels de 1940-1942 ont donné un nouvel aspect en réalisant une confusion organique qui n'avait jamais existé depuis 1789, du moins légalement.

Il importe donc de tirer un profit juridique des institutions actuelles de la France en essayant de généraliser, du moins dans notre droit positif, les conclusions que nous avons été amené à formuler à leur sujet.

235. — Dans ce but, il convient de rechercher si les caractéristiques de fond attribuées à la loi et au règlement sous l'empire des actes constitutionnels de 1940-1942 existaient déjà sous l'égide des constitutions antérieures et si le critérium formel a toujours été déterminant dans la distinction de ces deux sortes de réglementations étatiques.

Il faut ainsi recourir à la méthode historique, ce qui n'est pas surprenant si l'on se souvient des conditions de formation du pouvoir réglementaire du chef de l'Etat. C'est d'ailleurs la méthode préconisée par le Professeur H. Nézard (4) dans l'enseignement du droit constitutionnel. Selon cet auteur, le juriste, après avoir systématisé les données de la pratique, en explique l'origine et en montre le développe-

(2) *Ibid.*, pp. 715 et 716, table p. 890.
(3) *Ibid.*, pp. 661 et 662.
(4) H. NÉZARD, *De la méthode de l'enseignement du droit constitutionnel*, dans Mélanges R. Carré de Malberg, 1933, pp. 391 et ss.

ment historique sous la pression des faits, tout en recherchant dans quelle mesure les règles ainsi dégagées sont en harmonie avec l'ensemble du régime juridique du pays.

Nous emprunterons cette méthode dans ce qu'elle a d'essentiel. Nous avons déjà mis en lumière les données de la pratique depuis 1940. Il reste à rechercher si les notions ainsi dégagées cadrent avec les faits tirés de l'histoire constitutionnelle, autrement dit si l'on peut établir la permanence de la portée statutaire de la loi et de la subordination du règlement, ainsi que celle du critérium formel de la distinction de ces actes.

Il est par contre inutile de s'assurer que ces conceptions sont en harmonie avec le régime juridique du pays, car, tout au long de nos développements, nous nous sommes déjà placé exclusivement sur le terrain du droit positif français.

236. — Le début de notre histoire constitutionnelle moderne date de 1789 et, bien que l'on ait soutenu que la distinction de la loi et de l'ordonnance était réelle sous l'ancien régime (5), il n'est pas utile d'examiner l'état de la question à cette époque, où n'existaient pas les grands principes qui constituent depuis la Révolution la base de notre droit public.

Il convient donc seulement d'envisager successivement et très sommairement : les constitutions de l'époque révolutionnaire, les constitutions post-révolutionnaires qui ont organisé la séparation organique des pouvoirs législatif et réglementaire, les périodes intermédiaires de disparition de fait de l'organe législatif, et enfin les époques de crise qui ont donné naissance aux « décrets-lois » depuis la guerre de 1914-1918.

---

(5) S. Balachowsky-Petit, *op. cit.*, pp. 185 à 212.
H. Berthélémy, *La loi et le règlement,* dans Mélanges Maurice Hauriou, 1929, p. 821.

## I

## LES CONSTITUTIONS DE L'ÉPOQUE RÉVOLUTIONNAIRE

237. — Les constituants de 1791 n'ont vu des lois que dans les dispositions par voie générale et, selon eux, toute disposition générale étant une loi, devait émaner de la volonté générale, c'est-à-dire des représentants de la nation (6). C'était refuser à l'Exécutif le pouvoir réglementaire, qui se développa néanmoins de manière progressive sous la pression des nécessités d'ordre pratique.

Toutefois, déjà à cette époque, on constate la primauté de la loi, du fait qu'elle est considérée comme l'expression de la volonté générale, l'œuvre de la souveraineté (7). En outre, est loi tout « décret » émis en forme législative par le Corps législatif (8).

En somme, la Constitution de 1791 a retenu, sous l'influence des philosophes du XVIII[e] siècle, un concept de la loi qui est plutôt demeuré dans le domaine de l'idéologie. En effet, ainsi que l'observe si judicieusement Carré de Malberg (9), elle n'en déclare pas moins que tout ce qui a été édicté par le corps législatif en forme législative est une loi. « Ce concept extra matériel et purement formel » a été également consacré par l'article 92 de la Constitution de l'an III (10).

Ainsi, sous l'égide de nos premières constitutions, la loi a déjà les caractéristiques de fond qu'elle présente à l'heure actuelle et son critérium a une base essentiellement for-

---

(6) R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, 1931, pp. 16 et ss.
L. Duguit, *op. cit.*, tome IV, pp. 664 et ss.
(7) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, chap. I, n° 19.
(8) R. Carré de Malberg, *op. cit.*, chap. I, n° 20.
R. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés...*, 1933, n° 23.
(9) R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, 1931, chap. II, n° 23, *in fine*.
(10) *Ibid.*, chap. I, n° 20.

melle. D'autre part, les règlements qui se développent sous l'empire des faits sont caractérisés dès l'origine par leur subordination aux lois existantes. Il apparaît bien des règlements autonomes qu'on ne rattache à un texte législatif que dans la mesure possible, mais ils n'en sont pas moins subordonnés aux lois en ce sens qu'ils ne peuvent statuer *contra legem* (11).

En définitive, au cours de cette période de notre histoire constitutionnelle, qui est encore hésitante, notamment à l'égard du pouvoir réglementaire du chef de l'Etat, on voit déjà apparaître les notions de loi et de règlement qui se dégagent nettement à l'heure actuelle de notre droit positif.

## II

## LES CONSTITUTIONS POST-RÉVOLUTIONNAIRES CONSACRANT LA SÉPARATION DES POUVOIRS

SOMMAIRE. — N° 238 : Les deux Empires. — 239 : Les décrets irréguliers du Ier Empire. — 240 : Les Chartes de 1814 et de 1830. — 241 : La IIe et la IIIe Républiques.

238. — La Constitution de l'an VIII, article 44, charge le gouvernement de faire les règlements nécessaires pour assurer l'exécution des lois et est ainsi la première constitution qui attribue expressément un pouvoir réglementaire au chef de l'Exécutif (1).

Toutefois, ces règlements ne peuvent en aucun cas contenir des dispositions contraires aux lois (2), qui ont conservé la portée statutaire qu'elles avaient déjà sous l'empire des constitutions antérieures.

D'autre part, le critérium de la distinction des deux sortes d'actes a une base formelle : sont lois tous les actes, quel que soit leur contenu, qui ont été émis conformément à la procédure législative.

---

(11) L. Duguit, *op. cit.*, tome IV, p. 672.
(1) L. Duguit, *op. cit.*, tome IV, pp. 672 et ss.
(2) *Ibid.*, p. 678, *in fine*.

La Constitution de 1852 n'a fait plus tard que reprendre celle de l'an VIII et le deuxième Empire a suivie comme le premier Empire avait suivi cette dernière. Si le pouvoir réglementaire prend alors une extension considérable, il reste néanmoins, selon l'expression du Doyen Duguit (3), dans les cadres du droit antérieur et il doit respecter les lois. Sans doute, celles-ci ne deviennent parfaites que par la sanction de l'Exécutif et le corps législatif ne jouit pas de l'indépendance nécessaire (4), mais, ce qu'il importe de remarquer, c'est que la loi conserve sa primauté dans l'ordre juridique de l'Etat malgré la prééminence de l'Exécutif.

En outre, le critérium de la loi est toujours formel : est loi tout acte, quel que soit son contenu, qui a été voté par le corps législatif et sanctionné par l'Exécutif. En somme, l'exercice du pouvoir législatif est collectif.

239. — Il faut cependant ouvrir une parenthèse à l'intérieur du premier Empire (5). En effet, au cours des dernières années du régime, l'Exécutif a pris irrégulièrement des décrets en matière législative. La Cour de Cassation a reconnu plus tard force de loi à ces décrets, motif pris de ce que le Sénat, chargé de veiller au maintien de la constitution, n'en avait pas demandé l'annulation. On est ainsi arrivé à les ranger en fait dans la catégorie des lois, du moins dans la conception qui caractérise celles-ci par leur force.

Il semble dans ces conditions que le critérium formel soit pris en défaut, puisque des actes émanant de l'Exécutif ont acquis le caractère de loi en raison de leur contenu. Toutefois, il s'agit en réalité d'une solution imposée par la nécessité d'éviter des perturbations dans l'ordre juridique de l'Etat et un bouleversement des situations acquises. Et encore faut-il remarquer que la distinction entre les décrets législatifs et les décrets réglementaires de cette période extra-

(3) *Ibid.*, p. 686.
(4) G. Burdeau, *op. cit.*, p. 105.
(5) Voir A. Leriche, *op. cit.*, pp. 41 et ss.

légale, a une base formelle en ce sens qu'elle a été effectuée d'après la répartition des matières législatives et réglementaires telle qu'elle existait lors de l'émission de ces décrets. Or, on sait que si certaines matières sont législatives, ce n'est pas en raison de leur nature, mais parce qu'elles ont été réglementées par un acte *en forme de loi*.

240. — Après la chute du premier Empire, la Charte de 1814 stipule dans son article 14 que « le roi... fait « les règlements et ordonnances pour l'exécution des lois et « la sûreté de l'Etat », et le Professeur G. Scelle (6) a pu dire qu'il n'y avait pas à cette époque de distinction nette entre la loi et les ordonnances royales.

Toutefois, l'usage abusif de la disposition finale de ce texte conduit à la revision de la Charte après la révolution de 1830. Il est désormais interdit au roi de suspendre les lois ou de dispenser de leur exécution, mais il conserve le pouvoir réglementaire. Cela implique incontestablement la subordination des règlements.

Quant à la loi, elle émane bien des Chambres, mais elle doit être sanctionnée par le roi. Cependant, tout acte, quel que soit son contenu, qui intervient dans ces conditions, est une loi dotée d'une portée statutaire.

241. — Les mêmes constatations peuvent être faites sous la deuxième et la troisième Républiques. Les Constitutions de 1848 et de 1875 confèrent le pouvoir législatif aux représentants de la nation et tout acte émanant de l'organe législatif a force de loi.

D'autre part, si elles ne donnent pas au gouvernement le pouvoir réglementaire en termes formels comme les constitutions précédentes, on s'accorde néanmoins à voir le fondement juridique de ce pouvoir dans la disposition, reproduite dans l'une et dans l'autre, qui confie au chef de l'Etat le soin d'assurer l'exécution des lois.

---

(6) G. Scelle, *op. cit.*, p. 208.

Les lois et les règlements ont toujours les mêmes caractéristiques de fond et leur distinction est facile en raison de la séparation organique des pouvoirs législatif et réglementaire.

Toutefois, on peut se demander à nouveau, à propos des « décrets-lois » des dernières années, si le critérium formel n'est pas pris en défaut. Cette importante question mérite d'être étudiée plus attentivement (7), mais, auparavant, il convient de soulever rapidement le probleme de la distinction des actes législatifs et réglementaires des périodes révolutionnaires, dites intermédiaires, au cours desquelles l'organe législatif a en fait disparu.

## III

## LES PÉRIODES INTERMÉDIAIRES DE DISPARITION DE FAIT DE L'ORGANE LÉGISLATIF

SOMMAIRE. — N° 242 : Les faits. — 243 : Nécessité d'une classification des actes pris dans tous les domaines par le gouvernement. — 244 : Solution adoptée. — 245 : Nature du critérium utilisé.

242. — A trois reprises dans notre histoire constitutionnelle moderne, le gouvernement s'est trouvé investi en fait du pouvoir de statuer en toute matière par suite de la disparition momentanée de l'organe législatif. Il en a été ainsi sous le gouvernement provisoire de 1848 (1), pendant les quelques mois qui ont suivi le coup d'Etat du 2 décembre 1851 et précédé la mise en vigueur de la Constitution de 1852 (2), et enfin sous le Gouvernement de la Défense nationale, du 4 septembre 1870 au 12 février 1871 (3).

Au cours de ces trois périodes, l'organe législatif n'existe plus par la force des circonstances. Dans ces conditions, le

(7) *Cf. infra*, n°s 246 et ss.
(1) A. LERICHE, *op. cit.*, pp. 66 et ss.
(2) G. BURDEAU, *op. cit.*, p. 104.
(3) A. LERICHE, *op. cit.*, pp. 78 et ss.

gouvernement, qui doit assurer la continuité de la vie nationale, prend par simples décrets des mesures de toutes sortes, nonobstant toutes dispositions législatives contraires.

Le critérium formel de la distinction de la loi et du règlement paraît ainsi inapplicable. D'une part, de simples décrets ont une portée statutaire comme les lois antérieures. D'autre part, il n'existe aucun mode formel de différenciation des actes législatifs et réglementaires puisque tous interviennent dans la même forme.

243. — Toutefois, lors de la réapparition d'un organe législatif distinct de l'Exécutif, il a fallu opérer une classification de ces actes, afin de déterminer en quelle forme ils pourraient être désormais modifiés ou abrogés.

En l'absence de critérium formel et de séparation organique, on a dû recourir à un procédé empirique pour liquider cette situation de fait. Il était en effet impossible de ramener uniformément au rang de décrets réglementaires tous ces actes dont certains avaient touché à des lois. C'eût été bouleverser la législation et porter atteinte à des situations acquises. D'autre part, on ne pouvait non plus attribuer à tous la force législative.

Sans entrer dans les détails, il convient de rappeler la solution qui a été adoptée en doctrine et en jurisprudence, ainsi d'ailleurs que par une commission spécialement nommée en 1871 par l'Assemblée nationale pour examiner le problème.

244. — La régularité de tous les décrets intervenus au cours de ces périodes n'a pas été remise en question pour les raisons déjà indiquées. Dans ces conditions, on a attribué la valeur législative à ceux d'entre eux qui eussent été illégaux en temps normal, soit qu'ils aient statué sur des matières ayant déjà fait l'objet de lois, soit qu'ils aient empiété sur un domaine antérieurement réservé au pouvoir législatif.

En somme, la répartition perpétuellement changeante des matières législatives et réglementaires s'est cristallisée dans son état lors de la disparition de fait de l'organe législatif

Cette classification une fois opérée, on a eu, d'une part, des décrets réglementaires pouvant être atteints par l'Exécutif, et, d'autre part, de « véritables lois » (4).

245. — Il convient maintenant d'examiner si le critérium formel a vraiment été écarté.

M. A. Leriche (5) estime en effet que c'est d'un point de vue matériel que l'on a classé les décrets des périodes intermédiaires.

Il semble plutôt que c'est au point de vue formel que l'on s'est placé. Ce n'est pas parce que certains décrets portaient sur telle matière considérée *en elle-même* qu'on leur a conféré la force législative, mais parce que cette matière avait antérieurement été réglementée *sous la forme législative* ou réservée au pouvoir législatif par un acte *en forme de loi*. En ce sens, c'est encore la forme qui a réagi sur le fond, non pas la forme de l'acte en cause, mais celle des actes ayant servi d'éléments de comparaison.

En définitive, ce qu'il importe de retenir, c'est qu'on a, à la vérité, utilisé un critérium à base formelle pour distinguer, parmi les décrets des périodes intermédiaires, ceux qui ont force de loi de ceux qui n'ont conservé qu'une valeur purement réglementaire.

## IV

### LES « DÉCRETS-LOIS » DES PÉRIODES DE CRISE

SOMMAIRE. — N° 246 : Le problème.

*A*) — 247 : *Nature des « décrets-lois »*. — Précision du sujet. — 248 : Théorie de la « délégalisation ». — 249 : Critique. — 250 : Théorie de la délégation de pouvoirs. — 251 : Réfutation des objections contre cette théorie; le double aspect du contrôle de la constitutionnalité des « décrets-lois ». — 252 : La clause de ratification; sa véritable portée. — 253 : Le contrôle juridictionnel des « décrets-lois ».

---

(4) L. Rolland, cité par A. Leriche, *op. cit.*, p. 103.
(5) A. Leriche, *op. cit.*, p. 108.

B) — 254 : *Critérium des décrets-lois.* — Le critérium adopté pour les périodes intermédiaires de disparition de fait de l'organe législatif. — 255 : Impossibilité de dissocier les dispositions incluses dans un même « décret-loi ». — 256 : Conséquences quant à la recherche d'un critérium. — 257 : Le critérium formel. — 258 : Ses éléments. — 259 : Le visa de la loi de délégation. — 260 : La mention de délibération en conseil des ministres. — 261 : La mention qui prévoit la soumission à la ratification.
262. — *Conclusion générale.*

246. — A différentes époques de crise depuis la guerre de 1914-1918, le Parlement a conféré sous certaines conditions au Gouvernement, par des lois dites de « pleins pouvoirs », le droit de prendre, nonobstant toutes dispositions législatives contraires, les mesures nécessaires à la réalisation d'un redressement déterminé de la position du pays.

C'est là une situation différente de celle qui existe à l'heure actuelle, où le Gouvernement a une compétence législative pleine et exclusive, qu'il tient de textes constitutionnels.

Il convient de déterminer la nature des « décrets-lois » édictés dans ces conditions par l'Exécutif et de rechercher ensuite un critérium qui permette de les distinguer, non pas des lois parlementaires qui sont toujours faciles à reconnaître par leur auteur, mais des décrets normaux qui ont pu intervenir en même temps qu'eux.

247. — A : NATURE DES « DÉCRETS-LOIS ». — Le Professeur M. Waline (1) pose le problème en termes précis : « Comment expliquer que le législateur ait pu « conférer au gouvernement le pouvoir de modifier des lois ? « N'est-ce pas contraire à toute l'évolution moderne du droit « public, qui fait de la procédure législative et de la supé- « riorité du texte ainsi voté sur tous les autres textes, en un « mot de la supériorité du législatif sur l'exécutif, la garantie « suprême des citoyens contre l'arbitraire gouvernemental ? »

(1) M. Waline, *op. cit.*, p. 321.

Selon l'éminent professeur, deux grandes théories s'offrent aux juristes pour expliquer par quel mécanisme juridique le Parlement a pu conférer de tels pouvoirs au gouvernement : la théorie de la « délégalisation » et celle de la délégation de pouvoirs.

248. — D'après la théorie de la « délégalisation » des actes législatifs, — qui a été prônée notamment par Carré de Malberg (2), M. L. Rolland (3) et M. M. Mignon (4) —, il y aurait « simple transfert temporaire de certaines « matières du domaine de la loi dans celui du règlement « présidentiel » (5).

M. M. Waline (6) élève contre cette théorie trois objections qu'il considère comme insurmontables et qu'il convient d'examiner successivement.

En premier lieu, les lois ainsi « délégalisées » sont indéterminées. En second lieu, elles n'ont perdu le caractère législatif qu'à l'égard du gouvernement et continuent néanmoins à avoir force de loi à l'égard des citoyens. Enfin, elles reprennent leur autorité primitive au bout de quelques mois, même vis-à-vis du gouvernement.

Le Professeur L. Rolland (7) réplique à la première objection qu'il y a toujours une part d'indétermination dans l'appel du Parlement au Président et que c'est au Conseil d'Etat d'apprécier si les limites sont dépassées. Par contre, M. M. Mignon (8) admet l'argument de M. M. Waline et ne voit pas comment l'habilitation peut déclasser dès son émission des lois indéfinies.

---

(2) R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, 1931, chap. II, n° 64.

(3) L. Rolland, *note au D. P.* 1937, 3, 33 (sous Conseil d'Etat, 25 juin 1937, Union des véhicules industriels et autres) et *note au D. P.* 1939, 3, 57 (sous Conseil d'Etat, 27 décembre 1938, Association amicale des anciens combattants des chemins de fer de l'Etat).

(4) M. Mignon, *op. cit.*, pp. 170 et ss.

(5) L. Rolland, *note susvisée au D. P.* 1939, 3, 57.

(6) M. Waline, *op. cit.*, p. 322.

(7) L. Rolland, note précitée au D. P. 1937, 3, 33.

(8) M. Mignon, *op. cit.*, p. 176.

En ce qui concerne la deuxième objection, — également admise par M. M. Mignon —, M. L. Rolland (7) estime à juste titre qu'on n'en aperçoit pas clairement la portée, attendu que les décisions susceptibles d'être modifiées par décret demeurent toujours obligatoires pour les particuliers.

249. — Il reste la dernière objection du Professeur M. Waline, que M. M. Mignon ne partage pas, mais qui nous paraît, par contre, la véritable objection « insurmontable », celle qui va nous guider dans la recherche de la nature exacte des « décrets-lois ». Comment peut-on en effet concevoir une « délégalisation » temporaire ?

M. L. Rolland répond qu'il n'existe dans notre droit public aucun principe qui s'oppose à un transfert plutôt temporaire que définitif. De même, M. M. Mignon (8) n'y voit pas un obstacle insurmontable et considère que tout se passe comme si, à l'expiration du délai, le Parlement votait une loi déclarant que les matières cessent de pouvoir être modifiées par décret.

A vrai dire, ces deux auteurs commettent une confusion. Sans doute, rien ne s'oppose à un transfert temporaire de compétence, mais comment la « délégalisation » peut-elle être, elle, temporaire ?

En réalité, il n'y a nullement « délégalisation ». Dès son émission, le « décret-loi » contient des dispositions statutaires puisqu'il peut intervenir dans le domaine législatif et ne peut ensuite être atteint par un simple décret. Il a donc vraiment, au point de vue des effets juridiques, la nature d'une loi véritable, étant donné que la loi est essentiellement caractérisée par sa force.

Selon le Professeur L. Rolland et M. M. Mignon, en édictant des « décrets-lois » sur certaines matières, le gouvernement supprimerait, en ce qui concerne ces matières, la distinction de la loi et du règlement. Mais, on peut très bien

supposer que des décrets ordinaires prennent des mesures d'exécution des « décrets-lois » avant l'expiration du délai accordé par la loi de « pleins pouvoirs ».

En outre, dans la doctrine et la jurisprudence dominantes, les « décrets-lois » demeurent après l'expiration de ce délai et tant qu'ils ne sont pas ratifiés, de simples décisions administratives susceptibles du recours pour excès de pouvoir. Cependant, ils ne peuvent pourtant plus être atteints que par des lois du Parlement. C'est là que pèche l'explication de la « délégalisation », même sous la forme conditionnelle que lui donne M. M. Mignon (9).

En définitive, le Parlement peut bien opérer une « délégalisation », mais elle dure forcément jusqu'à ce qu'il se soit approprié à nouveau la matière. On ne pourrait trouver dans la théorie envisagée la justification juridique des « décrets-lois » que s'ils pouvaient être modifiés par le Président de la République jusqu'à leur ratification. En effet, celle-ci serait considérée comme le véritable terme de la « délégalisation », le Parlement ayant repris la matière, laquelle ne pourrait plus alors — mais alors seulement — être modifiée que par une loi.

Or, tel n'est pas le cas des « décrets-lois ». Dès l'expiration du délai prévu par la loi de « pleins pouvoirs », ils ne peuvent plus être modifiés ou abrogés par leur auteur. C'est cette situation que n'explique pas la théorie de la « délégalisation », qui n'est qu'un pur artifice.

Nous arrivons ainsi à cette double constatation : d'une part, le Président de la République ne peut, en vertu de ses pouvoirs propres, abroger ou modifier des lois ; d'autre part, il n'y a pas eu « délégalisation » de matières législatives.

250. — Dans ces conditions, si on refuse toute force juridique à la « coutume constitutionnelle » (10), il ne reste, pour expliquer les « décrets-lois », que la théorie de

(9) M. Mignon, *op. cit.*, pp. 178 et ss.
(10) *Cf. supra*, n° 53.

la délégation de pouvoirs. Le Parlement a délégué au gouvernement l'exercice du pouvoir législatif en y mettant certaines conditions. C'est une délégation conditionnelle, mais une délégation tout de même.

C'est l'explication admise par les Professeurs J. Devaux (11) et M. Waline. Celui-ci se borne à constater (12) qu'on ne peut analyser autrement le pouvoir de modifier les lois existantes. Il ajoute que ce pouvoir est inconstitutionnel et contraire à l'esprit du régime. Et il conclut : « On peut « juger, d'un point de vue politique, que c'était nécessaire « et voir là une raison primordiale devant laquelle le point « de vue juridique deviendrait secondaire, mais on ne peut « faire que ce qui est contraire au droit y soit conforme. »

M. P. de Font-Réaulx (13) opine dans le même sens et voit une « délégation » du législateur dans cette « autorisation « donnée au gouvernement de prendre, par décrets..., cer- « taines mesures ayant immédiatement force de loi... ».

Il suffit, pour se convaincre du bien-fondé de cette théorie, d'examiner l'objet des pouvoirs conférés au gouvernement. Il peut, dans les limites de la délégation, prendre des mesures de toutes sortes, même ressortissant au domaine législatif. En outre, ainsi que l'observe M. P. de Font-Réaulx (13), il peut approuver tout acte ou contrat devant l'être par une loi et même s'habiliter à prendre ultérieurement des règlements.

Par contre, cet auteur considère comme inopérante la procédure de ratification par « décrets-lois » de décrets simples. En effet, dit-il, « ou bien l'acte était légal et le décret-loi n'y « ajoute rien, car il doit lui-même être ratifié, ou l'acte était « illégal et le décret-loi est illégal comme dérogeant au prin- « cipe de la non-rétroactivité ».

Cette opinion nous paraît contestable. D'une part, le fait que le « décret-loi » ait lui-même besoin d'être ratifié ne

---

(11) J. Devaux, *Le régime des décrets*, 1927.
(12) M. Waline, *op. cit.*, p. 322.
(13) P. de Font-Réaulx, note au S. 1937, 3, 97 (sous Conseil d'Etat, 25 juin 1937, Union des véhicules industriels et autres).

constitue pas un argument suffisant, car il n'en reste pas moins qu'il a force de loi dès son émission. D'autre part, un « décret-loi » peut, comme une loi parlementaire, déroger au principe de la non-rétroactivité posé par l'article 2 du Code civil ; il a en effet le pouvoir de toucher aux lois existantes, à la condition évidemment de rester dans les limites de la délégation, mais la jurisprudence interprète celle-ci d'une manière aussi large que possible.

Ainsi, les « décrets-lois » ont immédiatement force de loi. Dans notre conception qui caractérise la loi uniquement par sa force, nous leur attribuons par conséquent le caractère de véritables lois.

251. — On nous fera différentes objections. D'abord, une telle délégation est sans aucun doute inconstitutionnelle, étant donné que l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 confère au Parlement le monopole de l'émission des lois. On ne peut le nier, mais cela ne fait pas obstacle à l'application des « décrets-lois » dans la pratique, attendu que le contrôle de la constitutionnalité des lois n'existe pas en France et que les tribunaux ne peuvent attaquer un « décret-loi » pour inconstitutionnalité de la délégation de pouvoirs sans mettre en cause la constitutionnalité de la loi de « pleins pouvoirs ». M. M. Réglade (14) dit à ce sujet que les tribunaux « n'ont jamais contesté la validité « des décrets faits sur délégation législative. Cela était la « conséquence logique de leur jurisprudence en vertu de « laquelle ils s'interdisent d'apprécier la constitutionnalité « des lois. En effet, la question de la validité d'un règle- « ment fait sur délégation est liée à la question de la consti- « tutionnalité de la loi de délégation. »

D'autre part, les « décrets-lois » sont-ils assimilables aux lois en ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité des dispositions qu'ils édictent ? Il n'y a aucune raison de ne pas l'admettre. Le gouvernement, qui peut toucher à toutes

(14) M. Réglade, *op. cit.*, p. 222.

les lois sans distinction, peut aussi bien confirmer ou modifier une loi antérieure qui était intervenue dans une matière réservée à la constitution.

252. — Au surplus, on dira que la ratification des « décrets-lois » peut être refusée, mais ce n'est pas une raison suffisante pour contester leur valeur législative. En effet, on considère généralement que le refus de ratification n'opère que pour l'avenir (15). Tout se passe donc comme si une loi en abrogeait une autre.

M. M. Réglade (16) objecte qu'avec l'idée de délégation la clause de ratification ne se comprendrait pas, car l'acte aurait une valeur législative sans l'approbation du Parlement. Mais nous affirmons précisément que les « décrets-lois » ont valeur de loi dès avant leur ratification. Sans doute, c'est enlever à celle-ci sa signification juridique, mais il faut bien reconnaître qu'elle s'explique surtout par des considérations politiques : le Parlement ne veut pas paraître se dérober à ses fonctions. Par contre, au point de vue juridique, il n'avait nul besoin de se réserver le droit de ratification puisqu'il peut toujours abroger un acte législatif. Ce raisonnement vaut même si on attribue un effet rétroactif au refus de ratification, car le Parlement peut obtenir le même résultat par une loi rétroactive. Cette interprétation de la clause de ratification est d'ailleurs confirmée par les faits : les Chambres ne refusent pas en pratique leur ratification ; elles s'abstiennent de se prononcer mais abrogent les dispositions qui leur paraissent inopportunes.

Il est vrai que certaines lois de « pleins pouvoirs » prévoient la caducité des « décrets-lois » si les Chambres ne se sont pas prononcées sur la ratification à une date déter-

---

(15) M. Mignon, *op. cit.* p. 216.
P. de Font-Réaulx, note précitée au S. 1937, 3, 97.
(16) M. Réglade, *op. cit.*, p. 221.

minée. Toutefois, là encore, il n'y a pas annulation rétroactive. A la date fixée, à défaut de ratification le « décret-loi » cesse d'être dans les limites de la délégation, mais il n'en a pas moins eu force de loi jusqu'à cette époque. Cela n'est pas juridiquement inconcevable puisqu'il peut exister des lois temporaires.

La ratification n'a donc pas pour effet de conférer aux « décrets-lois » un caractère législatif qu'ils possédaient dès leur émission. Outre sa signification politique, elle a néanmoins un rôle juridique. Par la ratification, ou le Parlement constate que le gouvernement n'a pas outrepassé la délégation, ou il couvre les vices que les « décrets-lois » pouvaient présenter à cet égard, tant au fond qu'en la forme. Il supprime ainsi la possibilité de tout contrôle juridictionnel à ce sujet. L'opération peut se justifier ainsi sur le plan juridique : la ratification a dans ce cas pour effet de conférer rétroactivement à l'acte la portée d'une loi régulière, attendu que le Parlement peut déroger au principe de la non-rétroactivité. Cette explication cadre avec la jurisprudence du Conseil d'Etat, lequel semble admettre la rétroactivité de la ratification ; en effet, après que celle-ci est intervenue, le Conseil d'Etat s'abstient de se prononcer sur un recours pour excès de pouvoir intenté auparavant (17).

253. — Mais alors surgit une nouvelle objection. Comment les « décrets-lois » peuvent-ils faire l'objet d'un contrôle juridictionnel jusqu'à leur ratification s'ils ont véritablement la nature de lois dès leur émission ?

A la vérité, on ne peut parler d'un contrôle de la *légalité* des « décrets-lois », attendu qu'ils peuvent, dans les limites de la délégation, toucher aux lois existantes. Les tribunaux vérifient simplement que le gouvernement n'a pas outrepassé son pouvoir législatif limité. En somme, de même qu'un

(17) Conseil d'Etat, 6 novembre 1929, Braye et autres, Recueil Lebon, p. 955.
Conseil d'Etat, 6 février 1935, Syndicat du commerce des vins de liqueur, Recueil Lebon, p. 159.

décret demeure tel malgré la menace d'annulation qui pèse sur lui pour illégalité, de même un « décret-loi » est une loi véritable quoiqu'il puisse être annulé pour dépassement de la délégation consentie par le Parlement. Il n'existe aucune différence de puissance entre un « décret-loi » pris dans ces limites et une loi parlementaire. Le nier serait admettre que les lois cesseraient de présenter les caractéristiques intrinsèques de la loi le jour où serait admis en France le contrôle de leur constitutionnalité.

Si les « décrets-lois » peuvent faire l'objet de ce contrôle restreint de la part des tribunaux, cela tient à la qualité d'autorité administrative de leur auteur. On répliquera peut-être qu'il n'y a dans ces conditions aucune raison de ne pas soumettre également les lois actuelles à un contrôle juridictionnel, mais la situation n'est pas la même : si celles-ci échappent à ce contrôle, c'est parce que la source de la compétence de leur auteur se trouve, non pas dans une loi ordinaire comme la loi de « pleins pouvoirs », mais dans un texte constitutionnel qui a fait de celui-ci un organe législatif.

Le Professeur E. Giraud (18) semble se prononcer également en faveur de la théorie de la délégation de pouvoirs lorsqu'il qualifie les « décrets-lois » de « lois faites par le pouvoir exécutif » qui, en réalité, se substitue ainsi au pouvoir législatif « pour l'exercice de la fonction qui lui est propre ». En outre, à propos de la même question des « décrets-lois », il parle des constitutions qui autorisent « la délégation du pouvoir législatif » et il paraît ainsi admettre que les « décrets-lois » sont intervenus en France en vertu d'une « délégation » non autorisée par la constitution.

Il a ainsi existé avant juillet 1940 des actes législatifs émanant en fait de deux organes différents : les lois votées par le Parlement en vertu du pouvoir législatif qui lui a été

---

(18) E. Giraud, *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif*, 1938, pp. 137 et ss.

conféré par l'article 1er de la loi du 25 février 1875 et les lois édictées par le gouvernement en vertu d'une délégation de pouvoirs qui était inconstitutionnelle mais inattaquable.

254. — B : CRITÉRIUM DES « DÉCRETS-LOIS ». — Toutefois, il ne suffit pas d'attribuer la nature législative aux « décrets-lois » pour que soit démontrée l'applicabilité de nos conceptions à la situation qu'ils créent. Il reste à rechercher si leur critérium est à base formelle comme celui des lois actuelles.

Afin de déterminer quels sont, parmi les actes du Président de la République intervenus jusqu'à l'expiration de la délégation, ceux qui ont la nature de lois et ceux qui ne sont que des règlements, on pourrait, semble-t-il, recourir au critérium adopté au cours des périodes intermédiaires de disparition de fait de l'organe législatif. Seraient des règlements les actes qui auraient pu en temps normal être légalement pris par l'Exécutif. Seraient par contre dotées de la force législative les dispositions qui n'auraient pu être prises que par le Parlement. Cette solution aurait l'avantage pour notre thèse d'avoir en un sens une base formelle (19), mais il faut examiner si elle est applicable aux « décrets-lois ». Elle pose le problème de la dissociation des mesures incluses dans un même « décret-loi ».

255. — Le Doyen Hauriou (20) refuse d'opérer cette dissociation en ce qui concerne les décrets des périodes intermédiaires. « On ne saurait, dit-il, distinguer dans un « même « décret-loi » des dispositions législatives et d'au« tres simplement réglementaires ; car une fois un « décret« loi » reconnu comme tel à raison de ses dispositions prin« cipales, il forme bloc. » Cette opinion est démentie par la jurisprudence, à juste titre d'ailleurs, car, au cours de ces périodes, le gouvernement ne se trouve pas légalement

(19) *Cf. supra*, n° 245.

(20) M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 10e édition, 1921, p. 71, suite de la note 4 de la page précédente, *in fine*.

investi du pouvoir législatif ; s'il peut tout faire, c'est uniquement parce qu'il faut assurer la continuité de la vie publique. Lorsque l'organe législatif réapparaît, il est naturel de classer les dispositions intervenues antérieurement en tout domaine, en se basant sur la répartition des matières législatives et réglementaires telle qu'elle existait lors de la disparition de cet organe.

A notre avis, la question se présente différemment pour les « décrets-lois ». Sans doute la loi de « pleins pouvoirs » est inconstitutionnelle, mais les « décrets-lois » n'en ont pas moins en un certain sens un caractère de légalité. Le gouvernement bénéficie d'une véritable délégation du pouvoir législatif. Il ne s'agit plus d'une situation de fait.

La question a été posée par M. P. de Font-Réaulx (21) dans une note publiée sous un arrêt du Conseil d'Etat qui décide que les « décrets-lois » n'ont pas pour effet de restreindre les pouvoirs normaux du chef de l'Etat lorsqu'ils interviennent dans une matière ressortissant précédemment au pouvoir réglementaire. L'Exécutif pourrait en conséquence continuer à statuer dans ce domaine après l'expiration du délai de délégation.

Cette construction prétorienne est certainement opportune, ainsi que le souligne M. P. de Font-Réaulx, car elle maintient dans le domaine réglementaire des matières qu'un « décret-loi » aurait fait passer dans le domaine législatif selon une thèse opposée. Toutefois, cet auteur doit reconnaître qu'elle n'en appelle pas moins des réserves sur le plan juridique. Nous irons même jusqu'à dire qu'elle est juridiquement inexplicable.

M. P. de Font-Réaulx constate que, parmi les « décrets-lois » qu'il a édictés, « le gouvernement a fréquemment « perdu de vue la distinction du domaine législatif et du « domaine réglementaire et édicté par décrets pris *en forme*

---

(21) P. DE FONT-RÉAULX, note au S. 1938, 3, 123 (sous Conseil d'Etat, 25 novembre 1938, Chambres de commerce de la Pointe-à-Pitre et de Basse-Terre).

« *de décrets-lois* (22)... des mesures ressortissant uniquement « au domaine du pouvoir réglementaire ». Il ajoute que cette manière de procéder constitue, soit une formalité juridiquement inutile si la matière ressortit au décret simple, soit un moyen d'éviter de consulter le Conseil d'Etat si elle ressortit au règlement d'administration publique.

Cette conclusion nous paraît discutable. En effet, si l'on adopte la conception de M. P. de Font-Réaulx, on est logiquement amené à considérer qu'un « décret-loi » ne peut faire passer une matière réglementaire dans le domaine du pouvoir législatif. Bien plus, il faudrait distinguer dans les « décrets-lois » les dispositions qui sont législatives de celles qui sont purement réglementaires. Une telle conception est juridiquement incorrecte et inconciliable avec la théorie de la délégation de pouvoirs cependant adoptée par cet auteur. Etant donné que le gouvernement dispose de l'exercice du pouvoir législatif dans les limites fixées par l'autorité déléguante, rien ne l'empêche, toujours à l'intérieur de ces limites, de modifier la répartition des matières législatives et réglementaires.

Cette opinion peut paraître contraire à l'esprit de la loi de délégation, qui n'a évidemment pas voulu restreindre la compétence réglementaire de l'Exécutif, mais elle est la seule juridiquement admissible et l'étude des lois et règlements postérieurs à juillet 1940 nous en a fourni une nouvelle illustration. De même que l'Exécutif peut, dans les circonstances actuelles, restreindre le champ d'action du pouvoir réglementaire dont il sera seulement investi après la formation des nouvelles assemblées, de même le Président de la République a pu, dans des circonstances également exceptionnelles et temporaires, restreindre le domaine du pouvoir réglementaire qu'il a seul conservé à l'expiration de la délégation. Il n'y a pas lieu de s'attarder au fait que l'Exécutif dispose actuellement du pouvoir législatif conformément à des textes constitutionnels, tandis que le Président

---

(22) Non souligné chez l'auteur.

de la République n'en disposait que contrairement à la constitution. Ce qu'il importe de retenir, c'est que ce dernier détenait l'exercice partiel du pouvoir législatif en vertu d'une délégation inattaquable devant les tribunaux. D'ailleurs, même en période normale, le pouvoir réglementaire peut fort bien voir réduire son domaine par une loi inconstitutionnelle.

256. — L'étude de la loi et du règlement sous l'empire des actes constitutionnels de 1940-1942 permet donc d'entrevoir quelle sera la base du critérium des « décrets-lois », attendu que les dispositions de ceux-ci ne peuvent être dissociées pour recevoir une force différente.

Il n'en résulte pas que tous les règlements émis par le Président de la République pendant les périodes de délégation aient la valeur de « décret-loi », car alors le chef de l'Etat n'aurait pu prendre aucun règlement sans restreindre considérablement pour l'avenir son pouvoir réglementaire. Une telle conséquence eût été manifestement inopportune et formellement en contradiction avec le but de la délégation. Mais, fort heureusement, elle n'est pas juridiquement nécessaire. On peut très bien imaginer, au cours même de la délégation, une distinction des décrets ayant force de loi et de ceux n'ayant que la valeur réglementaire. En quelque sorte, le chef de l'Etat s'est trouvé investi à la fois d'un pouvoir législatif partiel et du pouvoir réglementaire et, à ce point de vue limité, la situation est comparable à la confusion actuelle des pouvoirs législatif et réglementaire. Le critérium organique n'est donc pas davantage applicable en l'espèce qu'il ne l'est à l'heure actuelle.

257. — Etant donné par ailleurs que nous avons éliminé d'une manière générale le critérium matériel, nous sommes amené, comme sous l'empire des actes constitutionnels de 1940-1942, à rechercher un critérium à base formelle.

M. P. de Font-Réaulx (23) parle aussi des « décrets pris en forme de décrets-lois » et il fait allusion à la délibération en conseil des ministres généralement exigée par la loi de délégation, au visa de celle-ci et enfin à l'article du dispositif qui prévoit que le « décret-loi » sera soumis à la ratification des Chambres. Toutefois, il n'attache pas à cette forme l'importance que l'on serait en droit d'escompter. En effet, nous avons déjà remarqué que cet auteur opère une dissociation des dispositions incluses dans un même « décret-loi » afin de laisser intacte la répartition des matières législatives et réglementaires.

Cette dissociation a déjà été écartée, mais il reste à trouver un critérium formel du « décret-loi », à déterminer les éléments de forme qui révèlent qu'un décret a valeur de loi.

258. — L'étude de la distinction de la loi et du règlement depuis 1940 présente à nouveau de l'utilité. Il suffit en effet de reprendre les divers signes recognitifs des lois actuelles.

Il y a tout d'abord lieu d'éliminer l'emplacement au *Journal officiel* et le titre de l'acte. En effet, l'emplacement au *Journal officiel*, outre qu'il ne donne qu'une indication matérielle (24), n'est ici d'aucune utilité, car les « décrets-lois » sont publiés sous la rubrique ordinaire « *Décrets, arrêtés et circulaires* » et non dans celle des lois, qui demeure réservée aux actes législatifs du Parlement.

Quant au titre de l'acte, non seulement il ne constitue pas une indication juridiquement suffisante (25), mais, au surplus, les « décrets-lois » portent, comme les règlements ordinaires, le titre de « *décret* », qui désigne tous les actes du chef de l'Etat.

---

(23) P. de Font-Réaulx, note précitée au S. 1938, 3, 123.
(24) *Cf. supra*, n° 101.
(25) *Cf. supra*, n° 102.

259. — LE VISA DE LA LOI DE DÉLÉGATION. — La volonté d'un organe qui cumule plusieurs pouvoirs étant prépondérante dans la qualification de ses actes (26), on pourrait s'attendre à ce que le Président de la République ait visé la loi de délégation lorsqu'il entendait conférer la portée législative à certains de ses actes.

De fait, les « décrets-lois » mentionnent ce visa, mais, ce qu'il faut déterminer, c'est s'ils doivent nécessairement le faire. Or, le gouvernement n'est pas obligé de se référer à la délégation. L'essentiel est qu'il reste dans les limites de celle-ci.

Dans ces conditions, le visa de la loi de délégation ne constitue pas un critérium certain, quoiqu'en pratique il permette de déceler dans la plupart des cas la présence d'un « décret-loi ».

260. — LA MENTION DE DÉLIBÉRATION EN CONSEIL DES MINISTRES. — La plupart des lois de « pleins pouvoirs » stipulent que les « décrets-lois » seront pris en conseil des ministres. C'est une condition identique à celle imposée par l'acte constitutionnel n° 2, mais le problème qu'elle pose est différent sous certains rapports.

Sans reprendre les constatations déjà faites au sujet de la mention d'une telle délibération, — notamment qu'il s'agit souvent d'un « mensonge officiel » —, il convient de se demander si un décret qui ne comporterait pas cette mention pourrait néanmoins avoir la force des « décrets-lois ».

Tout d'abord, il faut éliminer la solution de l'inexistence, que le Professeur J. Laferrière a préconisée pour les lois actuelles dépourvues de ladite mention (27). L'acte vaudra au moins comme décret ordinaire, mais, dans ce cas, il n'aura pas pu opérer un transfert de matières réglementaires dans le domaine législatif et il pourra être annulé par le Conseil d'Etat s'il empiète sur ce domaine, du moins tant

(26) *Cf. supra*, n° 31.
(27) *Cf. supra*, n° 107.

qu'une ratification n'aura pas couvert ce vice dans les conditions que l'on sait (28). En effet, le gouvernement n'a pas respecté la condition de forme mise à l'exercice de son pouvoir et on a vu pourquoi il existe, quant à la sanction de cette irrégularité, une différence entre les « décrets-lois » et les lois actuelles. Il en va naturellement de même de toute autre condition de forme que le Parlement a pu imposer au gouvernement.

Toutefois, la mention de délibération en conseil des ministres ne saurait constituer un critérium suffisant. En effet, des lois antérieures ont pu prévoir leur exécution par décrets en conseil des ministres. En outre, le Président de la République a pu s'entourer de l'avis de cet organisme dans l'exercice de son pouvoir réglementaire.

261. — LA CLAUSE QUI PRÉVOIT LA SOUMISSION DU « DÉCRET-LOI » A LA RATIFICATION DES CHAMBRES. — La formule employée pour prescrire l'exécution des « décrets-lois » est la même que celle des décrets ordinaires et on ne peut donc y voir le critérium cherché.

Il ne reste que la disposition de l'article final ou avant-final qui stipule que le « décret-loi » sera soumis à la ratification des Chambres. C'est cette disposition qui constitue le critérium formel de l'acte en cause.

En effet, on a vu que la volonté d'un organe qui cumule plusieurs pouvoirs est souveraine dans la qualification de ses actes (29). Or, précisément, le Président de la République a manifesté ainsi d'une manière non équivoque sa volonté d'agir en vertu de la délégation législative conférée par le Parlement. La formule utilisée à cet effet importe peu d'ailleurs : l'essentiel est qu'elle se réfère à la ratification prévue par la loi de délégation.

---

(28) *Cf. supra*, n° 252.
(29) *Cf. supra*, n° 31.

On relève une application de ce critérium au *Journal officiel* du 31 octobre 1935 (p. 11.578), qui publie deux décrets en date du 30 octobre 1935 relatifs à la rééducation professionnelle des chômeurs.

Le premier de ces actes — outre qu'il vise la loi de « pleins pouvoirs » du 8 juin 1935 et porte la mention de délibération en conseil des ministres — prévoit sa soumission à la ratification des Chambres ; quant au fond, il ouvre les crédits nécessaires à l'octroi de subventions aux centres de formation professionnelle des chômeurs. Il s'agit manifestement d'un « décret-loi ».

Ce texte législatif est immédiatement suivi d'un décret qui le vise et fixe les conditions d'attribution desdites subventions par le Ministre du Travail. Ce dernier acte ne comporte aucune des caractéristiques formelles susvisées et doit être considéré comme un décret purement réglementaire.

Ainsi, après avoir attribué le caractère législatif aux « décrets-lois », on constate que le critérium de leur distinction des règlements présidentiels a une base purement formelle.

Par conséquent, avant juillet 1940, le critérium organique n'était plus suffisant pour distinguer la loi du règlement, puisque l'Exécutif pouvait faire de véritables lois en vertu d'une délégation de pouvoirs du Parlement. Toutefois, le critérium de la distinction des « décrets législatifs » et des décrets réglementaires n'en avait pas pour autant une base matérielle.

*
* *

262. — En définitive, à aucune période de notre histoire constitutionnelle, la loi et le règlement n'ont pu être définis, du moins en droit positif, par la nature de leur contenu. Ce qui intéresse le juriste, c'est la force d'un acte, son efficacité juridique. Or, c'est précisément par leur puissance propre que les deux actes en cause se distinguent l'un de l'autre d'une manière positive et constante.

En effet, le caractère statutaire de la loi et la subordination du règlement se manifestent aussi bien en période révolutionnaire qu'en période légale, aussi bien en régime de confusion des pouvoirs qu'en régime de séparation des pouvoirs.

Certes, les constitutions révolutionnaires ont défini autrement la loi et ont refusé tout pouvoir réglementaire au chef de l'Exécutif, mais leurs conceptions sont plutôt demeurées dans le domaine de la théorie ; il s'agissait d'ailleurs de la phase de formation de notre droit public moderne. Par contre, depuis l'an VIII, le pouvoir réglementaire du chef de l'Etat est incontesté et il a été, depuis 1830, maintenu fermement dans sa subordination vis-à-vis du pouvoir législatif.

Toutefois, pour qu'une théorie générale puisse être élaborée, il ne suffit pas d'établir la permanence des caractéristiques respectives de la loi et du règlement quant au fond. Il faut en outre que le critérium de la distinction de ces actes possède une nature invariable.

Or, on a vu que la puissance propre qui caractérise la loi et le règlement, dépend uniquement d'une question d'organe et de forme, attendu que la volonté de l'Etat n'existe en réalité que par celle de ses organes. En période normale, — c'est-à-dire en France lorsque la séparation des pouvoirs est consacrée —, le critérium organique, qui a une base formelle, est suffisant pour opérer la discrimination. En période anormale de confusion des pouvoirs, ce critérium ne peut plus jouer, mais, comme il convient cependant de conserver une hiérarchie dans les sources du droit, on classifie les actes étatiques en prenant pour base une différence de forme dans leur émission. A cet égard, l'étude des actes constitutionnels de 1940-1942 nous a fourni un apport intéressant, car c'est la première fois depuis la Révolution que notre droit public connaît un régime légal de confusion des pouvoirs, sous l'empire duquel la distinction de la loi et du règlement a pu néanmoins subsister.

Ainsi se trouve désormais établie la permanence du critérium formel de cette distinction. Bien des controverses et

des difficultés seraient évitées si l'on ne s'évertuait pas, vainement d'ailleurs, à trouver d'autres critères, que l'on estime plus scientifiques, mais qui ne s'harmonisent pas avec notre droit positif.

Grâce à ce critérium formel, qui a le mérite de la simplicité et de la précision, on peut assurer aisément la continuité du droit dans un pays comme la France où cependant les constitutions se succèdent à une cadence en général rapide. Il sera une fois de plus d'un secours précieux lors de la mise en vigueur de la future constitution, quel que soit le régime qu'elle instaure.

Vu :
*Le Président de la thèse*,
Charles ROUSSEAU.

Vu :
*Le Doyen*,
Roger LENOAN.

Vu et permis d'imprimer.
Rennes, le 2 mars 1944.
*Le Recteur de l'Académie de Rennes*,
SOURIAU

# TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

PAGES

BIBLIOGRAPHIE. . . . . 1

INTRODUCTION. . . . . 5

N° 1 : Classification des actes générateurs du droit positif ; sa nécessité. — 2 : Ses rapports avec le principe de la séparation des pouvoirs. — 3 : Son existence sous un régime de confusion des pouvoirs. — 4 : Question préalable de la légitimité des actes constitutionnels. — 5 : La continuité du droit interne. — 6 : Aperçu des intérêts de la distinction de la loi et du règlement sous l'empire des actes constitutionnels de 1940-1942. — 7 : Précision et éléments du sujet. — 8 : Méthode et plan.

**PREMIÈRE PARTIE**

**LA DISTINCTION DE LA LOI ET DU RÈGLEMENT SOUS L'EMPIRE EXCLUSIF DE L'ACTE CONSTITUTIONNEL N° 2**

9 : L'acte constitutionnel n° 2 du 11 juillet 1940 ; nécessité de préciser les notions de loi et de règlement qu'il implique, avant de rechercher le critérium et les intérêts de la distinction de ces actes. . . . . 13

CHAPITRE I. — NOTION DE LOI

10 : Absence d'une définition dans la constitution ; définition proposée . . . . . 15

SECTION I. — LES ÉLÉMENTS DE LA DÉFINITION PROPOSÉE SONT NÉCESSAIRES. . . . . 16

11 ; Enumération des éléments nécessaires.

PAGES

§ 1er. — *Toutes les lois et elles seules ont un caractère statutaire.* . . . . . 16

12 : Position de la question.

I. — *Toutes les lois ont effectivement un caractère statutaire.* . . . . . 17
13 : Le caractère statutaire des lois; son fondement. — 14 : Ses manifestations. — 15 : Conceptions du Doyen Hauriou; critique. — 16 : Généralité du caractère statutaire des lois.

II. — *Les lois seules ont un caractère statutaire* . . . . . 20
17 : Les lois constitutionnelles; critique de la théorie autrichienne de la formation du droit par degrés. — 18 : Le contrôle de la constitutionnalité des lois du chef de l'Etat. — 19 : Les actes administratifs. — 20 : Les décisions juridictionnelles. — 21 : Les traités internationaux. — 22 : Les déclarations de droits.

§ 2. — *Le chef de l'Etat est investi de l'exercice du pouvoir législatif.* . . . . . 29

23 : Enoncé du problème.

I. — *Le chef de l'Etat exerce le pouvoir législatif dans sa plénitude.* . . . . . 29
24 : Le chef de l'Etat est devenu un organe législatif. — 25 : Réfutation de l'opinion contraire de M. A. Leriche. — 26 : Ratification des « décrets-lois » antérieurs; critique de la jurisprudence de la Cour de Cassation. — 27 : Position du législateur.

II. — *Le chef de l'Etat exerce le pouvoir législatif dans son exclusivité.* . . . . . 34
28 : Abrogation implicite de l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. — 29 : Ajournement *sine die* des Chambres.

§ 3. — *Il est nécessaire que le chef de l'Etat ait manifesté sa volonté d'agir dans l'exercice de son pouvoir législatif.* . . . . . 35

30 : Comparaison avec les « décrets législatifs » des périodes intermédiaires de 1848, de 1851-1852 et de 1870-1871. — 31 : Rôle de la volonté du chef de l'Etat.

SECTION II. — LES ÉLÉMENTS DE LA DÉFINITION PROPOSÉE SONT SUFFISANTS. . . . . 37

32 : Principaux concepts doctrinaux dont la définition proposée ne fait pas état; nécessité de les réfuter pour établir que cette définition est suffisante.

PAGES

§ 1er. — *L'ancien concept traditionnel de la loi « formule des principes »*..... 38

33 : Réfutation de ce concept par Moreau. — 34 : Raisons supplémentaires d'éliminer ce concept.

§ 2. — *Le concept de la loi « règle de droit objectif »*. 39

35. — Rappel sommaire de la théorie de Duguit. — 36 : Critique.

§ 3. — *Le concept de la loi « règle générale »*..... 41

37 : Le caractère illusoire de la garantie recherchée dans ce concept. — 38 : Critique de ce concept en doctrine. — 39 : Examen sommaire de la législation postérieure à juillet 1940.

§ 4. — *Le concept de la loi « règle de droit »*..... 44

40 : Origine allemande de ce concept. — 41 : Inapplicabilité en droit français; les lois n'ont pas le monopole de l'émission des « règles de droit »; toutes les lois ne contiennent pas des « règles de droit ». — 42 : La notion de règle de droit adoptée dans cette théorie est trop étroite.

§ 5. — *Le concept dualiste de loi*..... 46

43 : Essai d'adaptation des deux théories précédentes au droit positif. — 44 : L'unité de la notion constitutionnelle de loi. — 45 : Explication historique de la persistance du concept en cause.

§ 6. — *Le concept organique de loi*..... 49

46 : La confusion organique des pouvoirs législatif et réglementaire. — 47 : Théorie de Carré de Malberg sur l'impossibilité de construire une gradation des règles sans tenir compte de la gradation des organes. — 48 : Raisons du maintien de la gradation des règles depuis 1940.

§ 7. — *Le concept selon lequel il existerait des matières législatives par nature*..... 51

49 : Matières qui seraient nécessairement réservées au législateur; énumération du Doyen Duguit et de Mlle A. Pichat. — 50 : Critique; les peines. — 51 : Les impôts et les engagements de crédits. — 52 : Autres matières prétendues législatives par nature. — 53 : La « coutume constitutionnelle »; négation de sa force juridique. — 54 : Inexistence d'un catalogue des matières législatives; variation continuelle de la répartition des matières entre la loi et le règlement.

PAGES

## CHAPITRE II. — NOTION DE RÈGLEMENT

55 : Nécessité de l'existence des règlements..... 59
56 : Principales autorités investies d'un pouvoir réglementaire. — 57 : Raisons de se borner à l'étude du décret réglementaire. — 58 : Définition proposée.

SECTION I. — LES ÉLÉMENTS DE LA DÉFINITION PROPOSÉE SONT NÉCESSAIRES. . . ..... 61

59 : Enumération des éléments nécessaires.

§ 1er. — *Le règlement est un acte administratif*.... 61

60 : Le point de vue matériel et le point de vue formel. — 61 : Identité de fondement de la fonction administrative et du pouvoir réglementaire. — 62 : Nature des règlements d'administration publique. — 63 : Nature des décrets coloniaux.

§ 2. — *Le règlement renferme par définition des règles générales*. . . ..... 65

64 : Signification de la généralité des règlements. — 65 : Nullité des décrets individuels non conformes aux règlements en vigueur.

§ 3. — *Le règlement ne peut statuer* contra legem.... 66

66 : Le principe de la légalité. — 67 : Inconstitutionnalité des règlements. — 68 : Conséquences du principe de la légalité quant à l'étendue de la compétence réglementaire. — 69 : Théorie jurisprudentielle de de l'état de nécessité.

§ 4. — *Le chef de l'Etat est investi de l'exercice du pouvoir réglementaire général dans l'Etat*..... 69

I. — 70 : *Le chef de l'Etat dispose de la plénitude du pouvoir réglementaire général dans l'Etat;* fondement de ce pouvoir. — 71 : Portée de la formule « plénitude du pouvoir gouvernemental » insérée en tête de l'acte constitutionnel n° 2. — 72 : Le chef de l'Etat a la réalité du pouvoir réglementaire.

II. — 73 : *Le chef de l'Etat dispose de l'exclusivité du pouvoir réglementaire général dans l'Etat.*

PAGES

§ 5. — *Il est nécessaire que le chef de l'Etat n'ait pas manifesté sa volonté d'exercer le pouvoir législatif.* . . . . . 74

74 : Caractère purement négatif de cet élément de forme. — 75 : La question de l'existence des arrêtés réglementaires du chef de l'Etat. — 76 : Distinction entre l'existence et la légalité des règlements.

SECTION II. — LES ÉLÉMENTS DE LA DÉFINITION PROPOSÉE SONT SUFFISANTS. . . . . 77

77 : Principaux concepts doctrinaux dont la définition proposée ne fait pas état; nécessité de les réfuter pour établir que cette définition est suffisante.

§ 1er. — *Le concept du règlement « collection des détails »* (N° 78) . . . . . 78

§ 2. — *Le concept organique du règlement* . . . . . 78

79 : Conséquences de la confusion organique des pouvoirs législatif et réglementaire. — 80 : Raisons pour lesquelles le chef de l'Etat ne peut anéantir le domaine de son pouvoir réglementaire.

§ 3. — *Le concept du règlement « loi matérielle »* . . . . 80

81 : Conception des Doyens Duguit et R. Bonnard. — 82 : Réfutation sur le terrain du droit positif. — 83 : Absence d'intérêts pratiques. — 84 : Difficultés de trouver dans cette thèse un fondement juridique au pouvoir réglementaire.

§ 4. — *Le concept du règlement « acte de pure exécution des lois »* . . . . . 83

85 : Théorie de Carré de Malberg des règlements *secundum legem*. — 86 : Réfutation; les règlements de police. — 87 : Les règlements relatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics. — 88 : Validité des règlements *præter legem* qui ne statuent pas *contra legem*. — 89 : Limites au champ d'action des règlements *præter legem*. — 90 : Intérêt actuel de la question.

§ 5. — *Le concept selon lequel il existerait des matières réglementaires par nature* . . . . . 89

91 : Enumération de Mlle A. Pichat. — 92 : Critique.

PAGES

## CHAPITRE III. — LE CRITÉRIUM ET LES INTÉRÊTS DE LA DISTINCTION DE LA LOI ET DU RÈGLEMENT

93 : Plan du chapitre..... 91

SECTION I. — LE CRITÉRIUM DE LA DISTINCTION..... 91

§ 1er. — *Nature du critérium*..... 91

94 : Coexistence d'éléments de fond et de forme dans les définitions proposées. — 95 : Rôle de chaque catégorie d'éléments dans la recherche d'un critérium. — 96 : Source de la force des lois et des règlements. — 97 : Inexistence du critérium organique. — 98 : Inexactitude du critérium matériel. — 99 : Caractère formel du critérium.

§ 2. — *Eléments du critérium*..... 95

100 : Position du problème.

I. — 101 : *L'emplacement du texte au Journal Officiel*.... 96

II. — 102 : *Le titre de l'acte*..... 97

III. — 103 : *Le visa de l'acte constitutionnel n° 2*..... 99

IV. — 104 : *La mention initiale : « Le Conseil des ministres entendu »* ..... 100
105 : a) *Les lois sont-elles seules à la comporter ?* 106 : b) *Toutes les lois doivent-elles la comporter ?* — Lois qui ne la comportent pas. — 107 : Examen en doctrine de la validité de ces lois; critique de l'opinion de M. J. Laferrière; solution proposée. — 108 : Position intermédiaire de M. G. Liet-Veaux.

V. — 109 : *La disposition finale prescrivant l'exécution de l'acte*. . ..... 108
Variantes dans la formule utilisée. — 110 : La promulgation des lois; sa forme. — 111 : Sa signification actuelle. — 112 : Critérium proposé. — 113 : Différence entre les actes constitutionnels et les lois ordinaires quant à la nécessité de la promulgation.

§ 3. — *Application du critérium*..... 116

114 : Précision du sujet.

I. — 115 : *Question préalable de la validité des errata insérés au Journal Officiel* ..... 117
Position du problème. — 116 : Inopportunité du maintien de la solution traditionnelle.

II. — 117 : *Hypothèses de discordance des divers signes recognitifs de la loi*..... 120
1° Lois ne comportant ni la mention initiale ni la mention finale. — 118 : 2° Lois prises en Conseil des ministres et promulguées mais qui ne sont pas classées ou intitulées « loi ». — 119 : 3° Lois promulguées mais

PAGES

non délibérées en Conseil des ministres. — 120 : 4° Actes délibérés en Conseil des ministres, intitulés « loi » et classés comme tels, mais qui ne sont pas promulgués. — 121 : Conclusion sur l'application du critérium proposé.

SECTION II. — INTÉRÊTS DE LA DISTINCTION..... 125

122 : Aperçu des intérêts de la distinction.

§ 1er. — *Répercussions de la distinction sur les actes antérieurs à juillet* 1940..... 125

123 : Compétence pour modifier ou abroger les actes antérieurs à juillet 1940. — 124 : Ratification des « décrets-lois » antérieurs. — 125 : Portée actuelle de l'unique loi de pleins pouvoirs encore en vigueur. — 126 : Difficultés inhérentes à une différence possible d'étendue du pouvoir réglementaire avant et après 1940. — 127 : Conséquences du transfert constitutionnel dans le domaine du pouvoir réglementaire de matières réservées au pouvoir législatif par les lois de 1875. — 128 : Conclusion.

§ 2. — *Intérêts de la distinction quant aux actes intervenus sous l'empire exclusif de l'acte constitutionnel n° 2*..... 130

129 : Aperçu de la question. — 130 : Différence de portée de la loi et du règlement; généralités. — 131 : Forme dans laquelle doivent intervenir les actes du chef de l'Etat; actes devant être pris en forme législative. — 132 : Certains actes doivent-ils obligatoirement être pris en forme de règlement ? — 133 : Application du principe de la non-rétroactivité. — 134 : Compétence en matière d'interprétation des actes. — 135 : Intérêts éventuels de la distinction en ce qui concerne l'avenir de la responsabilité de la puissance publique. — 136 : Intérêts de la distinction pour le jeu du contrôle de la légalité. — 137 : Contrôle direct de la légalité. — 138 : Contrôle indirect. — 139 : Critique de l'opinion de M. A. Leriche.

§ 3. — *Intérêts de la distinction sous l'empire de la future constitution*..... 140

140 : Compétence des futurs organes étatiques pour modifier ou abroger les lois et règlements intervenus sous l'empire de l'acte constitutionnel n° 2. — 141 : Défaut de parallélisme des formes d'élaboration du droit. — 142 : Utilité future d'une classification actuelle des actes du chef de l'Etat. — 143 : Conclusion de la 1re partie.

PAGES

## DEUXIÈME PARTIE

## LA DISTINCTION DE LA LOI ET DU RÈGLEMENT SOUS L'EMPIRE DES DISPOSITIONS COMBINÉES DES ACTES CONSTITUTIONNELS Nos 2, 12 ET 12 BIS

144 : Genèse de la révision constitutionnelle de novembre 1942 ..... 145

### CHAPITRE I. — NOTION DE LOI

145 : Position du problème..... 147

SECTION *I*. — LE POUVOIR LÉGISLATIF DU CHEF DE L'ETAT.. 147

146 : Opposition entre le point de vue politique et le point de vue juridique. — 147 : Interprétation des actes constitutionnels nos 12 et 12 *bis*. — 148 : Combinaison des dispositions des actes constitutionnels nos 2, 12 et 12 *bis*. — 149 : Examen sommaire des lois publiées au *Journal Officiel* depuis novembre 1942.

SECTION II. — LE POUVOIR LÉGISLATIF DU CHEF DU GOUVERNEMENT. . . ..... 151

150 : Précision du sujet.

§ 1er. — *Théorie de l'indivision*..... 152

151 : Conception des Professeurs G. Burdeau et L. Delbez. — 152 : Critique. — 153 : Les organes législatifs n'ont que l'exercice de leur pouvoir. — 154 : Leur compétence peut s'exercer séparément sans que leur accord soit juridiquement nécessaire.

§ 2. — *Théorie de la « délégation de matières »*..... 156

155 : La théorie de M. J. Delvolvé; ses éléments essentiels. — 156 : Essai de son adaptation à la situation du chef du gouvernement. — 157 : Impossibilité d'un déclassement suffisant des lois du chef de l'Etat. — 158 : Conséquences de la position adoptée.

§ 3. — *Théorie de la délégation de pouvoirs*..... 161

159 : Aperçu de la théorie de la délégation législative. — 160 : Son inapplicabilité à la situation du chef du gouvernement.

PAGES

§ 4. — *Explication proposée*..... 162

161 : Simple attribution constitutionnelle de l'exercice du pouvoir législatif. — 162 : Essai d'une justification juridique de la coexistence de deux organes législatifs. — 163 : Conditions d'existence de l'unité de l'Etat d'après Carré de Malberg. — 164 : Raison du maintien de cette unité depuis novembre 1942. — 165 : La subordination politique du chef du gouvernement. — 166 : La suprématie juridique des actes constitutionnels. — 167 : Portée de l'explication adoptée quant à l'étendue du pouvoir législatif du chef du gouvernement.

SECTION III. — L'UNITÉ DE LA LOI..... 168

168 : Position du problème. — 169 : Portée de la subordination politique du chef du gouvernement quant à la force relative de ses lois. — 170 : Différence entre le Conseil des ministres et le Conseil de cabinet. — 171 : Examen sommaire des textes publiés au *Journal Officiel*. — 172 : Le contrôle de la constitutionnalité des lois du chef du gouvernement; le problème. — 173 : Raisons en faveur de la solution adoptée à l'égard des lois du chef de l'Etat. — 174 : Conséquences de cette solution. — 175 : Portée de l'unité de la loi quant à la solution des conflits entre lois du chef de l'Etat et lois du chef du gouvernement.

CHAPITRE II. — NOTION DE RÈGLEMENT

176 : Position du problème..... 175

SECTION I. — LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE DU CHEF DE L'ETAT..... 176

177 : Comment le problème de l'organisation des compétences se posait en novembre 1942. — 178 : Interprétation des actes constitutionnels nos 2 et 12.

SECTION II. — LE POUVOIR RÉGLEMENTAIRE DU CHEF DU GOUVERNEMENT..... 177

179 : Précision du sujet.

§ 1er. — *Théorie de l'indivision*..... 178

180 : Nouvel aspect de la théorie. — 181 : Fondement naturel du pouvoir réglementaire. — 182 : Ce fondement ne confère pas véritablement la « propriété » du pouvoir réglementaire. — 183 : L'accord des deux organes n'est pas juridiquement nécessaire.

PAGES

§ 2. — *Théorie de la « délégation de matières »*..... 181

184 : Rappel rapide de la position du problème. — 185 : Différences entre les décrets réglementaires et les arrêtés ministériels. — 186 : Impossibilité d'un déclassement des décrets réglementaires du chef de l'Etat.

§ 3. — *Théorie de la délégation de pouvoirs*..... 183

187 : Impossibilité d'une délégation de pouvoirs entre organes administratifs. — 188 : Le chef du gouvernement ne bénéficie pas d'une délégation de pouvoirs.

§ 4. — *Explication proposée*..... 184

189 : Simple attribution constitutionnelle de l'exercice du pouvoir réglementaire. — 190 : L'Exécutif n'est pas collégial. — 191 : Bicéphalisme de l'Exécutif; comparaison avec le régime de 1875. — 192 : Egalité juridique des deux chefs de l'Exécutif. — 193 : Cette égalité ne détruit pas l'unité de l'Etat. — 194 : Impossibilité de ranger les actes réglementaires du chef du gouvernement dans une catégorie unique. — 195 : Signification de l'erreur de terminologie commise par l'acte constitutionnel n° 12. — 196 : Tous les actes réglementaires du chef du gouvernement ne sont pas des décrets. — 197 : Portée de l'explication adoptée quant à l'étendue du pouvoir réglementaire du chef du gouvernement.

SECTION III. — L'UNITÉ DU RÈGLEMENT..... 191

198 : Position du problème. — 199 : Raisons pour lesquelles il n'existe pas deux catégories de décrets réglementaires. — 200 : Conflits susceptibles de surgir entre décrets réglementaires n'émanant pas du même auteur; portée de l'unité du règlement dans la recherche d'une solution. — 201 : Rappel des principes classiques d'interprétation. — 202 : Solution préconisée dans les conflits envisagés.

CHAPITRE III. — LE CRITÉRIUM ET LES INTÉRÊTS DE LA DISTINCTION DE LA LOI ET DU RÈGLEMENT

203 : Position du problème..... 197

SECTION I. — LE CRITÉRIUM DE LA DISTINCTION..... 197

204 : Précision du sujet.

PAGES

§ 1er. — *Nature du critérium* ..... 198

205 : Le critérium a conservé une base formelle. — 206 : Sa nature n'est pas modifiée par la coexistence de deux catégories d'actes réglementaires du chef du gouvernement.

§ 2. — *Eléments du critérium* ..... 199

207 : Nouvel aspect de la question; nécessité d'une distinction adjacente des décrets et arrêtés réglementaires du chef du gouvernement.

*A*) — 208 : ELÉMENTS DU CRITÉRIUM DE LA LOI ..... 201

I. — *L'emplacement du texte au Journal Officiel.*

II. — 209 : *Le titre de l'acte.*

III. — 210 : *Le visa des actes constitutionnels nos 12 et 12 bis.*

IV. — 211 : *La mention initiale : « le Conseil de cabinet entendu ».*

212 : *a*) Les lois du chef du gouvernement sont-elles seules à la comporter ?

213 : *b*) Toutes doivent-elles la comporter ?

V. — 214 : *La formule finale prescrivant l'exécution de l'acte.*

215 : Signification de la promulgation des lois par le chef du gouvernement.

*B*) — 216 : ELÉMENTS DU CRITÉRIUM DE LA DISTINCTION DES DÉCRETS ET ARRÊTÉS DU CHEF DU GOUVERNEMENT. — Aspect du problème ..... 207

217 : Solution à éliminer.

I. — 218 : *Le visa de l'acte constitutionnel n° 12.*

II. — 219 : *Le contreseing ministériel.*

III. — 220 : *La formule finale prescrivant l'exécution de l'acte.*

IV. — 221 : *La publication au Journal Officiel.*

V. — 222 : *La qualification de l'acte.*

§ 3. — *Application du critérium* ..... 213

*A*) — 223 : *Application du critérium de la loi* ..... 213

*B*) — 224 : *Application du critérium de la distinction des décrets et arrêtés réglementaires* ..... 214

Position du problème. — 225 : Différentes hypothèses à envisager. — 226 : Impossibilité d'établir un critérium juridique.

227 : Conclusion sur le critérium de la distinction de la loi et du règlement.

SECTION II. — INTÉRÊTS DE LA DISTINCTION ..... 217

228 : Précision du sujet.

PAGES

I. — 229 : Répercussions de la distinction sur les actes antérieurs à juillet 1940.

II. — 230 : Répercussions de la distinction sur les actes intervenus sous l'empire exclusif de l'acte constitutionnel n° 2.

III. — 231 : Intérêts de la distinction quant aux actes intervenus sous l'empire des dispositions combinées des actes constitutionnels nos 2, 12 et 12 *bis*.

IV. — 232 : Intérêts de la distinction sous l'empire de la future constitution.

**CONCLUSION**

**ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE SUR LA DISTINCTION DE LA LOI ET DU RÈGLEMENT EN DROIT POSITIF FRANÇAIS** 221

233 : Impossibilité selon Duguit d'une théorie générale. — 234 : Tentative de généralisation des notions antérieurement dégagées. — 235 : Méthode adoptée dans cet essai. — 236 : Périodes de notre histoire constitutionnelle sur lesquelles peut utilement porter une systématisation.

I. — Les constitutions de l'époque révolutionnaire (N° 237) ..... 224

II. — Les constitutions post-révolutionnaires consacrant la séparation des pouvoirs ..... 225

238 : Les deux Empires. — 239 : Les décrets irréguliers du Ier Empire. — 240 : Les Chartes de 1814 et de 1830. — 241 : La IIe et la IIIe Républiques.

III. — Les périodes intermédiaires de disparition de fait de l'organe législatif ..... 228

242 : Les faits. — 243 : Nécessité d'une classification des actes pris dans tous les domaines par le gouvernement. — 244 : Solution adoptée. — 245 : Nature du critérium utilisé.

PAGES

IV. — LES « DÉCRETS-LOIS » DES PÉRIODES DE CRISE..... 230

246 : Le problème.

*A*) — 247 : *Nature des « décrets-lois »*. — Précision du sujet. . . ..... 231

248 : Théorie de la « délégalisation ». — 249 : Critique. — 250 : Théorie de la délégation de pouvoirs. — 251 : Réfutation des objections contre cette théorie ; le double aspect du contrôle de la constitutionnalité des « décrets-lois ». — 252 : La clause de ratification ; sa véritable portée. — 253 : Le contrôle juridictionnel des « décrets-lois ».

*B*) — 254 : *Critérium des « décrets-lois »*. — Le critérium adopté pour les périodes intermédiaires de disparition de fait de l'organe législatif..... 240

255 : Impossibilité de dissocier les dispositions incluses dans un même « décret-loi ». — 256 : Conséquences quant à la recherche d'un critérium. — 257 : Le critérium formel. — 258 : Ses éléments. — 259 : Le visa de la loi de délégation. — 260 : La mention de délibération en Conseil des ministres. — 261 : La mention qui prévoit la soumission à la ratification.

N° 262. — CONCLUSION GÉNÉRALE..... 247

IMPRIMERIES REUNIES
(Société coopérative)
22, Rue de Nemours, RENNES